Die Rechtsnatur der Personengesellschaften und die Grundsätze ihrer materiell- und kollisionsrechtlichen Behandlung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung
der Würde eines Doktors beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Marc Jaeger
aus Herznach (Aargau)

1941

Genossenschafts-Buchdruckerei Bern

Die Rechtsnatur der Personengesellschaften und die Grundsätze ihrer materiell- und kollisionsrechtlichen Behandlung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung
der Würde eines Doktors beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Marc Jaeger
aus Herznach (Aargau)

1941

Genossenschafts-Buchdruckerei Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 29. Juni 1939, auf Antrag der Herren Prof. Dr. H. Fehr und P. D. Dr. W. von Steiger als Dissertation genehmigt, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

Einleitung Seite

I. Ueber die Materie 1
II. Ueber die Aufgabe 3
III. Ueber die Methode 5
IV. Disposition 9

I. TEIL:

Das territoriale Recht

1. ABSCHNITT:

Wesen, wirtschaftliche Funktion und rechtliche Ausgestaltung der Handelsgesellschaften

I. Vom Wesen der Handelsgesellschaften 13
II. Funktion und Form der Handelsgesellschaften 15
1. Zur Rechtsnatur 15
2. Die rechtliche Erscheinungsform wirtschaftlicher Momente 17
a) Individualistische und kollektivistische Gesellschaften
b) Das Merkmal der Haftung
aa) Beschränkte und unbeschränkte Haftung
bb) Gebundenes und ungebundenes Vermögen
III. Das Problem der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften . 20
1. Rechtssystematische Erfassungsversuche 20
2. Die Problematik des Sachverhaltes 25
Ergebnis 27

2. ABSCHNITT:

Die Rechtsstellung der Personengesellschaften nach schweizerischem Recht

I. Zur Revision des Gesellschaftsrechts 27
1. Allgemeines 27
2. Juristische Persönlichkeit und Gesetz 28
II. Die Kollektivgesellschaft als Gesamthandverhältnis . . . 30
1. Historisches 30
2. Zur herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur der Personengesellschaften 31
3. Ueber die Rechtsstellung der Kollektivgesellschaft . . 35
a) Die subjektive Gemeinschaft der Mitglieder
b) Die objektive Einheit des Vermögens
III. Die Rechtsstellung der Kommanditgesellschaft 41
1. Zur Geschichte und Rechtsnatur der Kommanditgesellschaft 41
2. Zum Gesamthandcharakter der Kommanditgesellschaft . 42
IV. Die Rechtsnatur der Personengesellschaften nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts 43
Ergebnis 46

3. ABSCHNITT:

Das Problem der juristischen Persönlichkeit

Seite

I. Die Problemstellung 47
II. Die Rechtsnatur der Personengesellschaften in Geschichte und Literatur 50
1. Geschichtliches 50
2. Ueberblick der Theorien über die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft 52
A. Sozietätstheorie u. Theorie der juristischen Persönlichkeit 52
a) Wesen der beiden Theorien
b) Die Gesichtspunkte der beidseitigen Argumentation
aa) Die Persönlichkeit der Gesellschafter
bb) Das Gesellschaftsvermögen
cc) Die Firma
dd) Die Organisation
ee) Die Haftung
ff) Der Gesellschaftsvertrag
B. Vermittelnde Theorien 61
a) Die Gesamthandtheorie
b) Die Theorie der relativ juristischen Person
c) Die Zweckvermögenstheorie
d) Kritik der Methode
III. Die juristische Persönlichkeit in rechtsphilosophischer Betrachtung 74
1. Allgemeines 74
2. Zum Begriffe des Rechts 76
3. Das subjektive Recht 77
4. Das Rechtssubjekt 79
a) Der Begriff
b) Der Personenverband als Rechtssubjekt
aa) Die Fiktionstheorie
bb) Die Realitätstheorien
cc) Die Theorie der Zweckeinheit
dd) Die Rechtsverhältnistheorie
ee) Die Negationstheorien
ff) Rückblick
IV. Das Wesen der juristischen Persönlichkeit 94
1. Der Begriff der Person 94
2. Rechtsphilosophische Grundlegung einer teleologischen Theorie der juristischen Persönlichkeit 96
a) Betrachtung über das Wesen des Rechts
b) Der Begriff des subjektiven Rechts
c) Die Grundlagen der Rechtssubjektivität
3. Die Personenverbände als Rechtssubjekte im Sinne des Interesseprinzips 108
a) Die soziologische Grundlage
b) Die Rechtssubjektivität der Personenverbände
c) Die Personengesellschaften insbesondere

Seite

V. Zur Deliktsfähigkeit der Personenverbände 115
1. Die Bedeutung des Problems 115
2. Die Stellungnahme der Theorie 116
3. Die Deliktsfähigkeit nach dem Interesseprinzip . . . 118
a) Deliktsbegriff und Strafzweck
b) Die Erreichbarkeit der Strafzwecke als Voraussetzung der Deliktsfähigkeit
aa) Die objektiven Strafzwecke
bb) Die subjektiven Strafzwecke
cc) Die Schuld der Kollektivität
Ergebnis 130

II. TEIL:

Das internationale Privatrecht

1. ABSCHNITT:

Die Rechtsvergleichung als Grundlage

I. Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht . . . 132
1. Die Beziehung der beiden Materien 132
2. Wesen und Aufgabe der Rechtsvergleichung 134
3. Die Rechtsvergleichung bezüglich der Personengesellschaften 135
II. Ueber die Rechtsstellung der Personengesellschaften in Deutschland 136
1. Die Kollektivgesellschaft 136
2. Die Kommanditgesellschaft 137
III. Frankreich 138
1. Die Kollektivgesellschaft 138
2. Die Kommanditgesellschaft 139
IV. England 139
1. Zum englischen Recht im allgemeinen 139
2. Das englische Gesellschaftsrecht 140
a) Ueberblick
b) Zum Rechte der partnership insbesondere
3. Die juristische Persönlichkeit im englischen Recht . . 146
Ergebnis 147

2. ABSCHNITT:

Die Personengesellschaften im IPR.

I. Grundlagen des IPR. 148
1. Quellen und moderne Fortbildung 148
2. Das Problem der Anknüpfung 149
II. Das internationale Gesellschaftsrecht 151
1. Allgemeines 151
2. Das Personalstatut der Handelsgesellschaften 153
A. Das Problem der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften 153

Seite

a) Die Qualifikation zur Staatsangehörigkeit
b) Die Bestimmung der Staatsangehörigkeit
c) Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften auf Grund der Handelskriegspraxis
d) Die schweizerische Praxis

B. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts 167
a) Die internationale Anerkennung der Gesellschaften als Grundlage des IGR.
b) Gesetzeskollisionen
c) Ueber die Methode der Rechtsfindung

3. Das positive internationale Gesellschaftsrecht 173
a) Schweiz
b) Andere Länder

Ergebnis 175

3. ABSCHNITT:

Grundsätzliche Betrachtungen zum internationalen Gesellschaftsrecht

I. Ueber Wesen und Methode des IPR. 176
II. Der Reformversuch Frankensteins 178
1. Vom Rechtsbegriff zum Grenzrechtsgedanken . . . 178
2. Grundsätze der Abgrenzung 181
3. Die primäre Anknüpfung bei den Personenverbänden 182
III. Das Interesseprinzip in internationalrechtlicher Betrachtung 186
1. Zum Problem der überstaatlichen Kollisionsrechtsvereinheitlichung 186
2. Die interessenmässige Beziehung als sachliche Grundlage der primären Anknüpfung 192
Ergebnis 200

Abkürzungen:

A.-G.	Aktiengesellschaft
BGE.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
EG.	Einfache Gesellschaft
GmbH.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
IGR.	Internationales Gesellschaftsrecht
IPR.	Internationales Privatrecht
KG.	Kollektivgesellschaft
Kom. G.	Kommanditgesellschaft
SJZ.	Schweizerische Juristenzeitung
ZBJV.	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHR.	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZSR.	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZSSR.	Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht

Literatur

Adler K.: Zur Entwicklungsgeschichte und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1896.

Affolter A.: Die zivile Deliktfähigkeit juristischer Personen. ZBJV. 32; 5, 6.

Ammann M.: Die Entwicklung der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften. 1929.

Baumgarten A.: Die Gesamtpersönlichkeit im Lichte der Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. ZSSR 40.

Binder J.: Grundlegung zur Rechtsphilosophie. 1935.

— Philosophie des Rechts. 1925.

— System der Rechtsphilosophie. 1937.

Burckhardt W.: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 1927.

— Methode und System des Rechts. 1936.

— Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen Recht. 1896.

— Ueber die Allgemeingültigkeit des IPR. Festgabe Huber. 1919.

— Die Unvollkommenheit des Völkerrechts. 1923.

— Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten. 1924.

Curti A.: Englands Privat- und Handelsrecht. 1927.

Dürrenmatt H.: Die Kollektivgesellschaft in der Gesetzgebung Frankreichs, Deutschlands und der Schweiz. Diss. 1900.

Egger A.: Kommentar zum ZGB. Bd. I. 1930.

— Zur Revision des schweizerischen «Handelsrechts». 1928.

Fehr H.: Das kommende Recht. 1933.

— Das dynamische Element im künftigen schweizer. Handelsrecht. 1934.

Fick F.: Die Handelsgesellschaften ohne Persönlichkeit. SJZ 17.

Frankenstein E.: Internationales Privatrecht. 1926 ff.

Geiler K.: Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht. 1925. Gruchot 68.

Gierke O.: Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1895.

Guhl Th.: Das schweizerische Obligationenrecht. 2. Bd. 1937.

Guhl-Haab: Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision der Tit. 24—33 des Obligationenrechts. 1926.

Guisan F.: La notion de «Gesamte Hand» ou de conjonction appliquée à la société en nom collectif. 1905.

Grossmann E.: Wirtschaftspolitische Betrachtungen über die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918.

Haff K.: Zur Reform der Handelsgesellschaften. SJZ. 17. 1920.

— Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts. 1918.

Hafter E.: Kommentar zum Personenrecht. 1910.

— Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. 1903.

Hartmann S.: Die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft. 1895.

Heberlein H.: Die international privatrechtliche Stellung der Handelsgesellschaften... etc. 1933.

Heusler A.: Zur Lehre von den juristischen Personen. ZSR. N. F. 8. S. 365.

Hofer R.: Die externe Haftung der englichen «partnership». 1922.
Huber E.: Recht und Rechtsverwirklichung. 1921.
Isay E.: Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1907.
Ith A.: Grundlehren der Gesellschaftslehre... etc. 1926.
Koch E.: Gesellschaftsformen des englischen Rechts. Gruchot Bd. 68. 1925.
Kahn F.: Abhandlungen zum IPR. 1928.
— Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das IPR. 1928.
Laband P.: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. ZHR 30, 31.
Lapradelle-Niboyet: Répertoire de droit international. Bd. 10. 1931.
Lindley A.: A treatise on the Law of partnerships. 1888. 9th ed. 1924.
Mamelok A.: Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918.
— Die juristischen Personen im IPR. 1900.
Michoud L.: Festschrift O. Gierke. 1911. S. 493: La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat...
Neumeyer K.: Frankensteins 2er Band. Ztschr. für ausländ. u. internat. Privatrecht. Hg. E. Rabel. 3. Jg. 1929.
Nussbaum A.: Deutsches internationales Privatrecht. 1932.
Oderbolz G.: Die Kollektivgesellschaft nach dem Hoffmannschen Entwurfe... etc. 1927.
Pillet A.: Des personnes morales en droit international privé. 1914.
Pillet-Niboyet: Manuel de droit international privé. 1924.
Protokolle der Verhandlungen der Expertenkommission zur Revision des Obligationenrechts (A. Egger, 1926).
Report of the 39th Conference of the International Law Association. 1936.
Ruck E.: Staatliches und überstaatliches Handelsrecht. Festschrift C. Wieland. 1934.
Rüegger P.: Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918.
Sauser-Hall G.: Fonction et méthode du droit comparé. 1913.
Schnitzer A. F.: Handbuch des internationalen Privatrechts. 1937.
Schreier F.: Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. 1924.
Schwabe M.: Das Rechtsgebilde als Person. 1911.
Siegwart A.: Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der KG. 1934.
Specker C.: Die Persönlichkeitsrechte. 1910.
Stammler R.: Wirtschaft und Recht. 1896.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1923.
— Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. 1925.
Stauffer W.: Das IPR. der Schweiz. 1925.
Steiger W. v.: Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften. 1931.
— Die Handelsgesellschaften im IPR. ZBJV. 67. S. 249. 1931.
— Die Bestimmung der Rechtsfrage im internationalen Privatrecht. 1937.
Utzinger E.: Wirtschaftliche Ueberfremdung und Abwehrmassnahmen. 1917.
Vollenweider H. M.: Beiträge zur Theorie der juristischen Person. 1908.
Vossen L.: Die Handelsgesellschaften der wichtigsten Kulturstaaten in rechtsvergleichender Darstellung. 1910.
Wieland C.: Handelsrecht. Bd. I u. II. 1921.
Zitelmann E.: Die Unvollkommenheit des Völkerrechts. 1909.
— Die Möglichkeiten eines Weltrechts. 1916.

Einleitung

I. Ueber die Materie.

Von allen Rechtsgebieten weist wohl das Handelsrecht die unmittelbarste und stärkste Verknüpfung mit der veränderlichen Wirklichkeit des Alltagslebens und seinen mannigfachen Bedürfnissen auf. Denn es beherrscht jenen Teil menschlicher Betätigung, der als der Kampf des modernen Menschen um seine Existenz auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens dessen Alltag praktisch ausfüllt. So erklärt es sich denn auch, dass das Handelsrecht wie kein anderer Teil des Rechts in einer konstanten Entwicklung begriffen ist, die dem Bedürfnisse des Wirtschaftslebens nach enger Anpassung seiner Regelung an die Anforderungen des praktischen Verkehrs entspricht. Dieser ununterbrochene Fortbildungsprozess tritt nicht nur in dem seit der Jahrhundertwende für die Gesetzgebungen der meisten Kulturstaaten notwendig gewordenen, durch nationale Revisionstendenzen eingeleiteten Ausbau von Inhalt und Umfang des normenmässigen Handelsrechts in Erscheinung; er ergreift vielmehr das positive Recht bis in seine Grundlagen und unterwirft selbst die Begriffe, auf denen es aufgebaut ist, einem organischen Wandel.

Die moderne Wissenschaft bezeichnet diese Entwicklungstendenz des heutigen Rechts als seine Dynamik und sieht in ihr einen Grundzug des gesamten Rechts der nächsten Zeit überhaupt. Das dynamische Element im Rechte ist in unserer mehr auf Kräfte und Wirkungen eingestellten Zeit dazu ausersehen, das in Formen und Begriffen verankerte statische Element zwar nicht zu verdrängen, aber in harmonischem Zusammenhang zu ergänzen[1] und mit ihm zusammen die Voraussetzungen zu einem zeitgemässen Rechtssystem zu schaffen. Die wesentlichste Eigenschaft eines solchen ist die, durch den funktionellen Charakter der zu seinem Aufbau verwendeten dynamischen Begriffe erreichte, erhöhte

[1] H. Fehr, Das dynamische Element... 1934.

Elastizität, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Einflussbereich schafft.

Die Verfechter dieser neuen Lehre von der Dynamik des Rechts gehen von einer Uebertragung der Begriffe «Statik» und «Dynamik» vom Gebiete der Naturwissenschaften auf rechtswissenschaftliche Verhältnisse aus.[2] Die Statik, als die Lehre vom Gleichgewichte der an einem Körper angreifenden Kräfte, bezeichnet in ihrer Uebertragung auf das Gebiet des Rechts die Eigenschaft der Rechtsbegriffe als selbständige Rechtsformen, die sich logisch aus Oberbegriffen ableiten lassen und die, von der Rechtswissenschaft als feste Grössen verwendet, deren Inhalt und Systematik ausmachen. Die statischen Begriffe sind danach gleichsam die Bausteine des Rechts, die Einheiten des rechtlichen Denkens mit fest umrissenen Formen und Inhalten. — Die Dynamik anderseits, die Lehre von der durch die Einwirkung von Kräften hervorgerufenen Bewegung von Körpern, befasst sich mit deren gegenseitigem Aufeinanderwirken und ihrem Verhalten zueinander. Die Uebertragung dieses Begriffes auf das Recht ist daher der Ausdruck für die Erkenntnis der Notwendigkeit der Frage nach der Funktion der Begriffe in den verschiedenen Lebensverhältnissen, nach der Wirkung der mit ihnen geformten Rechtssätze, — wobei vom Leben selbst auszugehen ist: der dynamische Rechtssatz muss die nötige Elastizität haben, um die praktischen Veränderungen der Lebensverhältnisse aufzusaugen, um das veränderliche Leben zu erfassen, ohne immer wieder zu veralten, d. h. das Schicksal der Erstarrung zu erleiden, das jede Form bedroht.

Es ist auf Grund seines Charakters nicht verwunderlich, dass gerade im Handelsrecht, wo der dynamische Gedanke vorherrscht, sich das Eindringen dogmatischen Geistes verzögert hat und dass daher in dieser Materie eine unleugbare Unsicherheit der Grundlagen herrscht. Es mangelt hier wie kaum in einem anderen Rechtsgebiet an rechtsphilosophischer Vorarbeit und darauf aufgebauter rechtstheoretischer Erkenntnis. Dieser Mangel macht sich besonders deutlich im Gesellschaftsrecht bemerkbar, welches von ungenauen Gedanken geradezu durchsetzt ist. Die dogmatischen Unklarheiten werden meist hinter oberflächlichen Phrasen zu verbergen gesucht, welche immer wieder Anlass zur fruchtlosen ge-

[2] H. Fehr, Das kommende Recht. 1933.

genseitigen Bekämpfung der Autoren geben. Die auf diese Weise übergangenen eigentlichen Probleme des Gesellschaftsrechts gehören zu den interessantesten der gesamten Rechtslehre, wofür die beträchtliche, durch sie hervorgerufene einschlägige Literatur zeugt. Doch scheint ihre erkenntnismässige Durchdringung aussergewöhnliche Schwierigkeiten zu bieten, ist es doch nach fast jahrhundertelangen Bemühungen noch nicht gelungen, ein allgemein anerkanntes Grundprinzip aller Gesellschaftsformen zu formulieren.

In Anbetracht dieses Charakters der Materie werden wohl auch die folgenden Ausführungen keinen Anspruch darauf erheben dürfen, die Schwierigkeiten restlos zu lösen und vollkommene Klarheit zu schaffen. Sie werden sich vielmehr damit zu bescheiden haben, als Versuch, auf einem neuen Wege an die Probleme heranzutreten, einen Beitrag zu deren dringend wünschbaren Abklärung zu liefern.

II. Ueber die Aufgabe.

Wenn nun auch in dieser Arbeit dem dynamischen Rechtsgedanken, der also nicht die formale Beschaffenheit der Rechtssätze und -institute, sondern deren Funktion und praktische Bedeutung betont, Rechnung zu tragen sein wird, so muss anderseits doch von Anfang an festgehalten werden, dass die Dynamik eine spezifische Erscheinung des positiven Rechts ist und bleiben muss, während die absolute Statik der Begriffe im Bereiche der Rechtstheorie zu deren grundlegenden Voraussetzungen gehören muss. Die richtige Einsicht in Charakter und Inhalt der Begriffe ist die Grundlage für den erkenntnismässigen Wert jeder rechtstheoretischen Abhandlung. Die Verkennung der Tatsache aber, dass die konstruktive Verwendung von sogenannten dynamischen Begriffen in der Rechtstheorie deren logische Konstanz gefährden muss, ist geeignet, in der Rechtslehre die schwerste Verwirrung anzustiften.

In einem streng logisch aufgebauten System stellen die Grundbegriffe unverrückbare, eindeutig festgelegte Bausteine dar. Durch dynamische Denkweise hervorgerufene Ungewissheiten bezüglich des Inhaltes einzelner Begriffe können das gesamte Lehrgebäude, in dem diese enthalten sind, zum Wanken bringen und bezüglich

seines ganzen Inhaltes Unsicherheiten aufkommen lassen. Endlose Missverständnisse und Streitigkeiten in einer Literatur, deren Klarheit und wissenschaftlicher Wert in einem unerfreulichen Missverhältnis zu ihrem Umfange steht, sind die notwendige Folge der Benützung von Begriffen, deren durch die Fortbildung der Praxis gewandelter Sinn längst nicht mehr der Definition entspricht, auf Grund welcher die theoretische Rechtswissenschaft sie korrekterweise verwenden sollte.

Die Betonung des absolut grundlegenden Charakters dieser strengen Ausscheidung jeder Dynamik aus den theoretischen Grundbegriffen weist bereits auf eine Seite der hier sich ergebenden Aufgabe. Durch Zurückgreifen auf die elementaren Begriffe des Rechts bis zur Stufe ihrer axiomatischen Erkenntnis, sowie durch die anschliessende logische Ableitung der die Problematik des Gesellschaftsrechts begründenden Unterbegriffe ist zunächst ein statsich-abstraktes System als Basis für die darauffolgende Untersuchung zu gewinnen. Diese wird sodann zu zeigen haben, ob und inwieweit die theoretischen Schwierigkeiten sich auf die Verwendung von unklaren Begriffen zurückführen lassen, resp. ob und in welchem Masse die Probleme des Gesellschaftsrechts sich als durch seine Substanz selbst gegeben erweisen.

Neben diesem primären Verfahren mit Bezug auf die Begriffe zeichnet sich als weitere logische Aufgabe die systematische Durchdringung des Gesellschaftsrechts ab. Wie Guisan [3] bemerkt, findet der Juristentypus des Logikers im Handelsrecht ein dankbares Betätigungsgebiet. Im Gegensatz zum Positivisten, der vom Gesetze als Tatsache ausgeht, sowie zum idealistischen Juristen, der einzig auf sein instinktives Rechtsgefühl abstellt, will der Logiker das Recht vernunftmässig begründet wissen und es aus allgemeingültigen, primären Grundsätzen ableiten können. Aus Axiomen soll die Norm entstehen —, daher handelt es sich für die theoretische Rechtswissenschaft darum, die Prämissen aufzufinden, das Prinzip aufzustellen, aus denen sich der konkrete Rechtssatz logisch ergibt. Nun hat allerdings, wie Burckhardt lehrt und alle Praktiker betonen, [4] die theoretische Rechtswissenschaft nur soweit ihre Daseinsberechtigung, als sie der Praxis dient, also

[3] F. Guisan, La notion de «gesamte Hand»... etc., Diss. Lausanne 1905. S. 14.

[4] W. Burckhardt, Methode und System des Rechts. 1936. S. 13 ff.

der Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Die Aufgabe der Theorie kann demnach nur darin bestehen, zum Zwecke der Befriedigung von Bedürfnissen der Praxis die richtigen methodischen Grundsätze herauszubilden, auf Grund deren sich mit Sicherheit das Besondere aus dem Allgemeinen ableiten lässt. Daraus ergibt sich für eine theoretische Einzeluntersuchung einerseits die Notwendigkeit, dem besonderen Charakter des Rechtsgebietes Rechnung zu tragen, auf welchem sie im Dienste der Praxis methodische Erkenntnis anstrebt. Im Bereiche des Handelsrechts werden somit wirtschaftliche Gesichtspunkte stets mitberücksichtigt bleiben müssen. Anderseits darf sich aber eine Abhandlung, die wissenschaftlichen Erkenntniswert beansprucht, nie durch die Besonderheiten ihrer Materie von der einheitlichen Grundauffassung von Wesen und Funktion des Rechts ablenken lassen. Denn: «alle exakte Einzelforschung hat nur dann einen wahrhaften Wert, wenn sie in abhängigem Zusammenhange mit einer allgemeinen Gesetzmässigkeit steht und an einer allgemeingültigen Richtlinie der Erkenntnis geleitet ist.» [5] Stets muss der Wert des Ergebnisses der Untersuchung für das Ganze der Rechtswissenschaft im Auge behalten werden und daher muss auch bei der Behandlung von Fragen des Gesellschaftsrechts von Grundlagen allgemeinrechtlichen und rechtsphilosophischen Charakters ausgegangen werden, deren absolute Geltung den logischen Zusammenhang mit der Gesamtheit des Rechts gewährleistet. Diese generelle Vorzeichnung ihrer Aufgabe ergibt für die rechtstheoretische Einzeluntersuchung zwei notwendige Charakteristiken. Einmal die vollständige Abkehr von der lex lata: diese muss für sie nicht Gegenstand der Darstellung, sondern der Kritik sein. Zweitens hat sich die Untersuchung im Rahmen der lex ferenda wiederum in erster Linie mit den theoretischen Grundsätzen zu befassen, deren restlose Klarstellung es erst ermöglicht, vom Gebiete des Prinzipiellen eventuell zur Ausgestaltung des positiven Rechts überzugehen.

III. Ueber die Methode.

Bei ihrem Streben nach Erkenntnis und Verwirklichung des richtigen Rechts hat sich die Rechtswissenschaft einer bestimmten

---

[5] R. Stammler, Wirtschaft und Recht. 1896. S. 3.

Methode zu bedienen, welche die planmässige richtige Art des Vorgehens zur Erreichung dieses Zieles darstellt und seine praktische Auswertung vorsieht. Um diese zu ermöglichen, sollte die Theorie in erster Linie dem vornehmeren Teil der Praxis dienen: der Rechtssetzung, denn «es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft nur vermöchte anzugeben, wie ein mangelhaftes Gesetz auszulegen und anzuwenden sei, nicht aber, wie ein Gesetz mängelfrei zu machen sei; denn die entscheidende Aufgabe der Praxis ist, das Recht zu setzen, nicht, es anzuwenden.»[6] Das Vorgehen nach einer bestimmten Methode in einer juristischen Einzeluntersuchung hat aber nur einen Sinn, wenn es eine allgemeine gleichbleibende Methode für das gesamte Recht gibt —, unabhängig vom Inhalte konkreter Rechtsordnungen. Da sich jede Methode ausser durch ihr Ziel auch noch durch ihren Gegenstand bestimmt,[7] müsste eine Methode der Rechtswissenschaft dem Wesen des Rechts selbst entsprechen. Nun ist aber das Recht eine schöpferische Wissenschaft von Postulaten der Ethik wie der Vernunft und befasst sich als solche, im Gegensatz zu den forschenden Wissenschaften von den Tatsachen, mit dem was sein soll und nicht mit dem was tatsächlich ist. Somit kann ihre Methode nicht diejenige der Naturwissenschaften sein, die beim Aufsuchen ihrer Gesetze induktiv verfahren, indem sie nach Feststellung der Tatsachen das Gemeinsame von diesen abstrahieren, um auf diese Weise zu prinzipiellen Erkenntnissen zu gelangen. Die Methode der Rechtswissenschaft muss vielmehr darin bestehen, dass sie durch normenmässige Erfassung der ethischen, sozialen, wirtschaftlichen u. a. Momente, welche inhaltlich der Idee des Rechts zugrundeliegen, Recht zu schaffen trachtet; resp. darin, dass sie mit dem Postulate der Gerechtigkeit an die Vorschriften des geltenden Rechts herantritt und darin den rechtlichen Gedanken sucht.

Diese auch hier zugrundegelegte Methode bringt verschiedene Erscheinungen mit sich, die für den Aufbau der Abhandlung von Bedeutung sein müssen. Einmal ist es unerlässlich, sich innerhalb jedes Teilgebietes des Rechts über jenen Grundgedanken Klarheit zu bewahren, der als die Rechtsidee wie ein roter Faden alle Rechtswissenschaft durchzieht —, eine Forderung, die zwar selbst-

---

[6] W. Burckhardt, a. a. O., S. 17.

[7] Vergl. W. Burckhardt, a. a. O., S. 76 f.

verständlich erscheint, jedoch erfahrungsgemäss und wie sich zeigen wird, vielfach unbeachtet bleibt. Der Weg hierzu führt über die Rechtsphilosophie, die, ihrem Wesen nach eher ein Zweig der Rechtswissenschaft als der Philosophie, die Grundlage aller rechtlichen Erkenntnisgewinnung bildet; hat sie doch «die Idee des Rechts, den Begriff des Rechts und dessen Verwirklichung zum Gegenstande.»[8] Eine rechtsphilosophische Betrachtung wird daher der eigentlichen Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Probleme vorauszuschicken sein, um eine möglichst unanfechtbare Basis für diese zu schaffen. Die allgemeine Methode des Rechts muss aber, infolge der Abhängigkeit jeder Methode von ihrem Anwendungsgebiet, bei ihrer Anwendung im Gebiete des Gesellschaftsrechts zwangsläufig dessen spezifischem Charakter Rechnung tragen; d. h. der rechtliche Gedanke, den die Theorie in das Gesellschaftsrecht zu verpflanzen, resp. in ihm zu suchen hat, wird soziologisch durchsetzt sein müssen. Hier wie an keinem anderen Orte wird das Verfahren am Platze sein, das E. Huber[9] als die soziologische Betrachtungsweise der rechtsphilosophischen Betrachtung systematisch vorangestellt hat.

In Anlehnung an Stammler, der in der allgemeingültigen Gesetzmässigkeit des Gesellschaftslebens die grundlegende Einheit sozialwissenschaftlicher Erkenntnisbedingungen sieht, ist die soziale Wirtschaft in den Mittelpunkt des Gesellschaftslebens zu stellen und ist vom Grundgedanken auszugehen, dass der Mensch mit sozialen Instinkten versehen ist, die ihn zu dauernder Geselligkeit bestimmen. Die Basis dieser Geselligkeit bildet die gemeinsame Lebensproduktion, d. h. die Beschaffung der zur Existenz notwendigen Lebensgüter. Von der Art des diesbezüglichen Zusammenwirkens, von der sog. sozialökonomischen Produktionsweise, ist daher die Gesellschaftsordnung abhängig, ja bedingt. Als solche ist das Recht regelnde Form des Zusammenlebens und Zusammenwirkens, also ein Instrument im gemeinsamen Daseinskampf. Demzufolge ist das Recht der sozialen Wirtschaft als der realen Substanz des sozialen Lebens unterzuordnen. Nichtsdestoweniger ist es erst das Recht, welches das Zusammenleben der Menschen von einem bloss zeitlich-räumlichen zu einem sozial-

[8] G. W. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 2. Aufl. 1840. § 1.

[9] E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung. 1921. S. 10 ff.

verbundenen, gesellschaftlichen Phänomen gestaltet. Das Recht, als die vom Menschen geschaffene Regelung des eigenen Zusammenlebens ist das Moment, welches überhaupt erst das soziale Leben zum eigenen Gegenstand der Erkenntnis erhebt: «soziales Leben ist äusserlich geregeltes Zusammenleben von Menschen.»[10] Da nun das menschliche Leben nach Ansicht Stammlers inhaltlich ohne Rest in der Befriedigung von Bedürfnissen aufgeht, kommt er zu dem Ergebnis, dass «das Recht... die äussere Regelung der sozialen Wirtschaft, d. h. des zusammenwirkenden Verhaltens von Menschen, das auf Befriedigung menschlicher Bedürfnisse gerichtet ist» darstelle.[11] In diesem Sinne erscheinen Sozialwirtschaft und Recht nicht als getrennte Gegenstände, sondern als Materie, beziehungsweise Form desselben Objektes, nämlich des geregelten Zusammenwirkens von Menschen. Das soziale Zusammenwirken vollzieht sich eben in der Form von Eingehung, Erfüllung, Lösung von Rechtsverhältnissen, die seine sachlich letzte Unterlage bilden —, stellen sie doch die rechtlich geordnete Erfassung der Gesamtheit menschlicher Beziehungen dar.

Das Recht bildet also das notwendige Mittel zu einer allgemeingültigen Gesetzmässigkeit des sozialen Lebens. Das Prinzip aber der sozialen Gesetzmässigkeit besteht in der Feststellung eines einheitlichen obersten Gesichtspunktes für das soziale Leben; dieser kann nun kein anderer sein, als der rechtsphilosophische Gesichtspunkt der absoluten Gerechtigkeit, der Rechtsidee. Die wesentliche Verbundenheit von Recht und Sozialwirtschaft scheint daher auf zumindest teilweise Gemeinsamkeit der Substanz ihrer obersten Gedanken zurückführbar zu sein, was die wirtschaftliche Orientierung der Behandlung von Rechtsgebieten mit soziologischem Einschlag weitgehend zu rechtfertigen geeignet ist. Diese Stammlerschen Grundsätze können hier zwar nicht weiterverfolgt werden, sollen aber durch die Betonung dieser sozusagen präjuristischen Zusammenhänge die Unterlage für die spätere teilweise Heranziehung soziologischer Gesichtspunkte im Gesellschaftsrechte abgeben. Dieses Verfahren nach der soziologisch betonten Methode des Rechts nimmt bewusst von der neuerlich aufkommenden sog. Erkenntnisbewegung der soziologischen Durchdringung der wirtschaftlichen Rechtsgebiete Abstand: deren Vertre-

[10] R. Stammler, a. a. O., S. 90.
[11] a. a. O., S. 158.

ter[12] verstehen unter der «soziologischen Methode» die Einordnung der menschlichen Beziehungen in ein System durch Erfassung des Generellen, Typischen, in ihnen, wobei die «gedanklich-konstruktive Durchdringung des Geschehens» zu einer «empirischen Rechtswirklichkeitsbetrachtung» führen soll, deren Vorteil die Gestaltung eines lebendigen Rechts durch Einbezug der wirtschaftlichen Erfahrung wäre. Allein, die Methode des Handelsrechts kann keine andere als die allgemeine Methode des Rechts überhaupt sein und die erwähnten Tendenzen sind nichts anderes als der Ausdruck jener Erscheinung, die oben unter der Bezeichnung der Dynamik zwar als moderne Richtung des positiven Handelsrechts, aber auch als eigentliche Negation der Rechtstheorie erkannt wurde.

IV. Disposition.

Die vorstehenden einleitenden Bemerkungen wurden etwas ausführlicher gestaltet, weil die darin enthaltenen Hauptgedanken für den Aufbau des Folgenden ausschlaggebend waren und weil sie daher die Erklärung und wissenschaftliche Rechtfertigung für die vorliegende Art und Weise der Behandlung des Themas zu ergeben berufen sind. Letzteres scheint umso eher erforderlich, als die Praxis nur allzu gerne die Bedürfnisfrage mit Hinblick auf die theoretische Behandlung von Problemen zu verneinen geneigt ist, die, ohne je in befriedigender Weise gelöst worden zu sein, in der Praxis doch keine wesentlichen Schwierigkeiten zu bereiten pflegen, weil man sich daran gewöhnt hat, sie zweckmässig zu umgehen. Dazu kommt, dass der Verlauf dieser (nebenbei bemerkt: doch von praktischen Unzulänglichkeiten angeregten) Untersuchung unvermeidlicherweise ein Problem in den Brennpunkt der Betrachtung rückt, welches zufolge der Tatsache, dass die eingehende Behandlung, die es zu allen Zeiten von zahlreichen Autoren erfahren hat, von keinem unbestrittenen Erfolge gekrönt wurde, nachgerade den Ruf der Unlöslichkeit, ja der Nichtexistenz erworben hat. Das Problem der Rechtsnatur der Personengesellschaften, bezw. das Problem der juristischen Persönlichkeit überhaupt —, denn dieses ist gemeint —, besteht aber fort und überschattet jede theoretische Behandlung des Gesellschaftsrechts;

[12] K. Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht. 1925 (Gruchot 68).

wer sich dieser Materie zuwendet, sieht sich gezwungen, im Sinne der einen oder anderen herrschenden Theorie dazu Stellung zu nehmen. Diese mehr oder weniger allgemein anerkannten Theorien aber sind das Endprodukt einer Entwicklung, in deren Verlaufe sich die Meinungen solange widersprachen, widerlegten und neubildeten, bis die Praxis anhand von ihnen zu billigen Resultaten zu gelangen vermochte. Wer daher heute die besagte Streitfrage wieder aufnimmt, riskiert, den Vorwurf auf sich zu ziehen, er vergesse über theoretischen Künsteleien die praktische Wirklichkeit, welche das Problem positiv-rechtlich ad absurdum geführt habe. Aber abgesehen davon, dass ein Rechtsästhet schon allein unter Berufung auf die Methode des Rechts den Versuch der Ausmerzung des hier zweifellos noch vorliegenden Schönheitsfehlers der Rechtstheorie rechtfertigen könnte, machen sich in der Praxis des modernen Rechtsverkehrs, namentlich im Bereiche des internationalen Privatrechts, gewisse Unzulänglichkeiten der herrschenden Lehre störend bemerkbar, so dass besagter Vorwurf hinfällig wird. Gefährlicher wäre es, bezüglich der angewandten Methode in den Verdacht zu geraten, man sei dem naturrechtlichen Irrtum verfallen, aus gewissen Axiomen der Vernunft alles besondere Recht deduzieren zu wollen; denn wie Burckhardt betont,[13] lassen sich die richtigen konkreten Lösungen weder aus einem ethischen, noch aus einem technischen obersten Gedanken ableiten. Auch davon kann aber hier keine Rede sein: was hier vielmehr, wie bei Gelegenheit noch dargelegt werden wird, angestrebt wurde, ist die methodische Richtigkeit eines allgemeinen Prinzips, das der Verwirklichung des von Burckhardt formulierten Postulates dienen soll: Der Rechtssatz muss ethisch begründet und logisch korrekt sein.[14]

Auf Grund des Gesagten ergibt sich nach der Darstellung des durch die Problematik der Rechtsnatur der Personengesellschaften geschaffenen theoretischen Tatbestandes die Notwendigkeit, die praktische Unzulänglichkeit der aktuellen Lösung —, zunächst im materiellen (territorialen) Recht —, nachzuweisen. Einem auf diese Weise praktisch gerechtfertigten Konstruktions-

[13] W. Burckhardt, Die Aufgabe des Juristen. 1936. S. 38.

[14] a. a. O., S. 12. — In diesem Sinne gehört die logische Form des Rechts ebenso wie sein ethischer Stoff zu seinem Inhalte. — Vergl. auch: Methode und System, S. 104 ff.

versuch muss ein Ueberblick über die einschlägigen Theorien vorangehen, der den Weg zur richtigen Lösung in der Behebung ihrer methodischen Mängel vermuten lassen wird. Das Resultat der Konstruktion gibt Anlass zur gesonderten Betrachtung der bedeutsamen Frage nach der Deliktsfähigkeit der Personenverbände, sowie im Weiteren zur Vergleichung des Gesellschaftsrechts anderer Länder, die wiederum zum internationalen Privatrecht der Handelsgesellschaften überleitet, indem sie die Verschiedenheiten der nationalen Regelungen aufzeigt, welche diese Disziplin unentbehrlich machen. Während die Darstellung des internationalen Gesellschaftsrechts die Mängel der herrschenden Auffassung über die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften bestätigt, ist endlich in einem letzten Abschnitte versucht, durch Fortführung der bei der vorangegangenen Konstruktion verwendeten Gedanken im Bereiche internationalrechtlicher Fragen, zu einer Perspektive künftiger Entwicklungsmöglichkeiten dieser problematischen Materie zu gelangen, in welcher, zufolge ihres Charakters selbst, der Praxis anhand unanfechtbarer theoretischer Richtlinien weitestgehende Freiheit zu belassen ist.

Wie ersichtlich, umfasst der durch Materie, Aufgabe und Methode in dieser Weise vorgezeichnete Rahmen der Untersuchung zahlreiche und verschiedenartige Rechtsgebiete, in denen wiederum zahlreiche und verschiedenartige Probleme zur Behandlung kommen müssen. Damit wäre die Gefahr einer gewissen Ueberlastung der Arbeit gegeben, wenn nicht der spezifische Charakter der Erörterungen eine solche a priori ausschalten würde. Es ist ohne weiteres klar, dass die Behandlung einer Frage sich umso enger auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränken muss, je spezieller diese gestellt ist, während anderseits das zu berücksichtigende Rechtsgebiet zwangsläufig umso weiter wird, je allgemeiner die Fragestellung ist. Nun liegt der vorliegenden Arbeit nichts ferner, als die Behandlung von besonderen Fragen aus der Lehre der Personengesellschaften oder gar die Besprechung ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung: hierfür kann auf eine reiche Spezialliteratur verwiesen werden. Hier ist vielmehr getrachtet worden, ein grundlegendes Prinzip aufzufinden und in seiner generellen Bedeutung mit Hinblick auf die Behandlung der Personengesellschaften durch die verschiedenen Rechtsgebiete weiterzuverfolgen, nämlich das allgemeine Prinzip der Handelsgesellschaften. Daraus

ergibt sich a priori die Notwendigkeit, aus sachlichen wie räumlichen Gründen jede Spezialisierung zu vermeiden und unter Ausschaltung aller entbehrlichen Einzelheiten einzig die grossen Linien der Konstruktion im Auge zu behalten. Nur so war es möglich, das hier gesteckte Ziel in adäquater Weise zu erreichen: nämlich die Gewinnung von Grundsätzen der rechtlichen Behandlung der Personengesellschaften aus einer nach Idee und Begriff des Rechts unanfechtbaren Konstruktion ihrer Rechtsnatur. —

I. TEIL

Das materielle Recht

1. ABSCHNITT

Wesen, wirtschaftliche Funktion und rechtliche Ausgestaltung der Handelsgesellschaften

I. Vom Wesen der Handelsgesellschaften

Entwicklungsgemäss betrachtet, erklärt sich das Wesen der Gesellschaftsformen des Handelsrechts primär aus dem Bedürfnisse, die Leitung eines anwachsenden Einzelunternehmens auszubauen. Ursprünglich vollzieht sich dieser Vorgang in der Form der Heranziehung bewährter Angestellter, die mit entsprechenden Vollmachten ausgestattet werden, zur Geschäftsführung.[1] Hierbei wird einerseits ihr direktes persönliches Interesse an dem Unternehmen dadurch gesteigert, dass sie mit Gewinnanteilen bedacht werden. Anderseits gebietet die Vorsicht, in Anbetracht der diesen ehemaligen Angestellten eingeräumten Vollmachten, etwaigem gewagtem Handeln ihrerseits eine eigene Verantwortlichkeit entgegenzusetzen. Auf diese Weise entwickelt sich durch den Ausbau der Stellung der Mitarbeiter das Einzelunternehmen zu einer Form des Zusammenwirkens zu gemeinsamem Erfolge auf der Basis eines Gesellschaftsvertrages. Das Kapital und die Arbeitskraft der Teilhaber sind in einem auf die Dauer angelegten Handelsunternehmen vereinigt. Dem präsumtiven Recht des Einzelnen auf Teilnahme an Geschäftsführung und Vertretung sowie auf gleiche Anteile an Gewinn und Verlust entspricht ihre unbeschränkte Haftung nach aussen. Nun bedingt aber bald das jedem in Entwicklung begriffenen Unternehmen innewohnende Bedürfnis nach Kapital eine weitere Fortbildung. Um die Belastung des Unternehmens mit Verzinsung u. a. Spesen der Kapitalbeschaffung zu vermeiden, werden

[1] C. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 390.

die Geldgeber ihrerseits am Gewinne beteiligt und erlangen die Stellung von Gesellschaftern, wobei jedoch ihr Risiko auf den Umfang des geleisteten Beitrages beschränkt bleibt. Dementsprechend kommt ihnen kein volles Recht auf Geschäftsführung und Vertretung, immerhin aber das Recht auf Einblick in den Geschäftsbetrieb und die Rechnungsführung zu. Wesentlich für diese Formen der Vergesellschaftung ist die Einheit von Besitz und Leitung sowie die Tatsache, dass mindestens einem Gesellschafter kraft Gesellschaftsvertrag das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung, verbunden mit unbeschränkter Haftung, zukommt. Geschäftsführung und Haftung der einzelnen Gesellschafter erscheinen dabei gleichsam als Funktion ihrer finanziellen Beteiligung. — Erweist sich im Verlaufe der Weiterentwicklung des Unternehmens das unbeschränkte Risiko des Unternehmensleiters als zu gefährlich, so stellt sich das Bedürfnis nach einer Gesellschaftsform mit begrenzter und gleichmässig verteilter Verantwortlichkeit ein. Diese findet ihre Verwirklichung im Grundsatze der ausschliesslich auf Vermögenseinlagen beschränkten Haftung, welcher bei den Gesellschaftsformen mit gesetzlich vorgeschriebenem, allein haftendem Vermögen sowie mit nach Massgabe der übernommenen Teilbeträge abgestufter Berechtigung der Gesellschafter durchgeführt ist. Typisch für diese Gesellschaftsformen ist die Trennung von Unternehmensbesitz und -leitung, welche eine Vielzahl von Mitgliedern und in der Folge die Notwendigkeit der körperschaftlichen Organisation mit sich bringt. — Die Mannigfaltigkeit wirtschaftlicher Bedürfnisse hat ferner Mischformen gesellschaftlicher Unternehmungen entstehen lassen, in denen neben den unbeschränkt haftenden Geschäftsführern die übrigen Teilhaber anteilsmässig berechtigt sind und sich die Erscheinungen der Einheit resp. Trennung von Unternehmensbesitz und -leitung vermengt vorfinden. Die zu diesen beiden typischen Erscheinungen korrelativen Merkmale kommen in den betreffenden Gesellschaftsformen daher ebenfalls gemischt vor, was der Grund für die Schwierigkeiten ist, die sich der systematischen Erfassung dieser Zwischenformen entgegenstellen und wesentlich zur herrschenden Unsicherheit über das Wesen der Handelsgesellschaften überhaupt beigetragen hat. —

Ein einheitliches Moment bleibt jedoch unter allen Umständen für sämtliche Gesellschaftsformen bestehen. wird aber, — viel-

leicht weil es zu nahe liegt —, meist nicht entsprechend gewürdigt: der nach aussen geschlossene Unternehmenscharakter. Ohne hier auf den problematischen Unternehmensbegriff selbst einzugehen,[2] kann als seine sozialökonomische Substanz die Produktionseinheit im Sinne von Stammlers Sozialwirtschaftslehre bezeichnet werden. Wie auch immer der oder die Unternehmer die innere Organisation eines Betriebes ausgestalten mögen und welche Form auch das Verhältnis der vereinigten Gesellschafter gegen Dritte annehme, — stets erhält sich der Grundgedanke der wirtschaftlichen Einheit als der wesentliche Kern der Handelsgesellschaften durch ihre sämtlichen Formen aufrecht. —

II. Funktion und Form der Handelsgesellschaften

1. Zur Rechtsnatur.

Die gesellschaftsbildenden Momente, nämlich: Entwicklung des Unternehmens, Vermehrung des Kapitals, Verteilung des Risikos, zeitigen gewisse Erscheinungen, die das Recht in entsprechende Formen zu fassen sucht. Hier begegnen sich die Dynamik einer eminent praktischen Materie und die neuerdings zu lockern versuchte Starrheit der Norm; das Resultat ist der weder ein logisch einwandfreies System, noch eine praktisch restlos befriedigende Regelung abgebende Normenkomplex des Gesellschaftsrechts.

Für die Erkenntnis der Natur der Handelsgesellschaften als rechtliche und wirtschaftliche Gebilde bedarf es, wie vor allem Wieland[3] betont hat, der Einsicht in das Verhältnis und die gegenseitige Beeinflussung der einzelnen gesellschaftlichen Elemente und ihrer praktischen Auswirkungen. Ein Einblick in die rechtliche Natur der Handelsgesellschaften kann sich nur im Verlaufe einer Untersuchung ergeben, die diese Elemente, von den einfacheren zu den komplizierten Formen aufsteigend, in den verschiedenen Arten von Gesellschaften nachweist und sodann, nach Vergleichung der ihnen entsprechenden rechtlichen Auswirkungen, diese gruppenweise zusammenfasst und zur Unterscheidung verschiedener Gesellschaftstypen verwendet. Das Ziel einer sol-

[2] Vergl. A. Stehlin, Ueber das Unternehmen. Diss. Basel 1926.
[3] C. Wieland, a. a. O., S. 402.

chen Vergleichung ist daher die Auffindung von gemeinsamen Merkmalen. Gelingt es nicht, solche zu erkennen und zu einer systematischen Einordnung der Gesellschaften zu verwerten, so muss man sich mit einer blossen Beschreibung tatsächlicher Zustände begnügen, die jeden Erkenntniswertes entbehrt. Die übliche Bezeichnung der Handelsgesellschaften als Gesellschaften, Personenvereinigungen, Verbände, Gebilde, Gesamtheiten usw. lässt die Leichtfertigkeit erkennen, mit der man in dieser Materie diametral entgegengesetzte Teilerscheinungen unter einem wirtschaftlichen Begriffe zusammenzufassen geneigt ist: einerseits ist damit das Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern gemeint, anderseits, aber zugleich, das einheitlich auftretende Rechtssubjekt, welches das erstere ausschliesst. In der Tat bilden der wechselweise Gebrauch von Einheits- und Vielheitsvorstellungen, die Verbindung von Ungleichartigem und die mangelnde Einsicht in das gemeinsame Prinzip alles Gleichartigen die Ursache für die diesbezüglich in der Literatur feststellbare Verwirrung. Durch willkürliche Zugrundelegung rechtlicher oder wirtschaftlicher Gesichtspunkte, verbunden mit einer weitgehenden Freiheitnahme in der Verwendung dynamischer oder unklarer Begriffe, gelingt es immer wieder, neue, abweichende Theorien aufzustellen, denen infolge ihres unsystematischen Aufbaues mit den Mitteln der Logik kaum beizukommen ist. Dazu kommt noch, dass solche Lehren vielfach mit Bestimmungen des positiven Rechts argumentieren oder sich gar auf ihnen aufbauen und auf diese Weise unbewusst die Realität mit der abstrakten Wahrheit verwechseln.

Der Gesetzgeber kann zwar die Verhältnisse der Gesellschaften regeln, ohne die systematischen Gedankengänge, die die Rechtswissenschaft für ihn bereitstellt, resp. bereitstellen sollte, zu kennen —, indem er sich ausschliesslich an den Bedürfnissen der Praxis orientiert. Damit ist aber keine durchaus richtige, d. h. ethisch wie logisch einwandfreie Regelung gewährleistet. Denn zur möglichst vollkommenen Verwirklichung der Rechtsidee muss die einzelne Norm so beschaffen sein, dass sie ein Maximum von möglichen Einzelfällen richtig zu regeln vermag. Zur Erfüllung dieser Voraussetzung genügt es aber nicht, dass eine Norm nach Ansicht des Gesetzgebers bei ihrer praktischen Anwendung billige, den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechende Resultate zu zeitigen verspreche. Das Rechtsgefühl einer Gruppe (wenn auch berufener)

Fachleute allein begründet noch keine generelle Eignung der Norm. Eine Garantie für ihre Allgemeingültigkeit, für ihren generellen Wert, kann allein die systematische Durchdringung der gesamten Rechtsordnung mit der Rechtsidee bieten. Die ideale, richtige Norm gewährleistet nämlich die absolute Gerechtigkeit gerade dadurch, dass sie sich in das logische System der Gesamtrechtsordnung einfügt und aus dieser ethisch wie dogmatisch möglichst unanfechtbaren Stellung heraus die Wirklichkeit zu erfassen sucht. Für den Bereich, in welchem sie den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht zu werden vermag, wird sie durch das Ermessen des Richters ergänzt: die Methode des Rechts führt nicht induktiv, sondern deduktiv zur Gerechtigkeit. Soweit nun die theoretische Rechtswissenschaft ihrer methodischen Aufgabe nicht zu genügen imstande ist, bleibt der Gesetzgeber allerdings, wie es in manchen Belangen des Gesellschaftsrechts der Fall war, bei der Schaffung des Gesetzes auf sein Ermessen angewiesen. Die Verantwortung für daraus etwa sich ergebende Unzulänglichkeiten des positiven Rechts trifft aber in der Folge die Rechtstheorie. Wie diese sich auch immer dieser Verantwortung entledigen wolle —, sie darf auf keinen Fall das auf diese Weise entstandene Recht als Grundlage benützen. Im vorliegenden Falle scheint ihre Aufgabe vielmehr zunächst darin zu bestehen, die Einsicht in das wahre Wesen der Handelsgesellschaften durch Abklärung der Schlüsselfrage nach ihrer Rechtsnatur anzubahnen.

2. *Die rechtliche Erscheinungsform wirtschaftlicher Momente.*

Für die Erkenntnis der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaften ist es, wie bereits angedeutet, nötig, zu den primären wirtschaftlichen Gegebenheiten der verschiedenen Unternehmensarten die entsprechenden rechtlichen Gestaltungsformen aufzufinden, um mittelst deren Verfolgung durch die Gesamtheit der existenten Gesellschaften zu einem Kriterium für deren typische Erfassung zu gelangen.

a) Individualistische und kollektivistische Gesellschaften.

Wenn man die wirtschaftlichen Momente von Unternehmensbesitz und Unternehmensleitung ins Auge fasst und ihr Verhältnis, welches, in das Rechtliche übertragen, dasjenige von Mitgliedschaft und Geschäftsführungsbefugnis ist, näher untersucht, so lässt sich

daraus bereits ein rechtlicher Unterscheidungsgrund für zwei verschiedene Arten von Gesellschaften gewinnen. Bei der einen Art, welche die sogenannten individualistischen oder Personengesellschaften umfasst, steht den Mitgliedern die Geschäftsführung als solchen zu; man spricht daher hier von Selbstorganschaft. Bei der Gruppe der sogenannten kollektivistischen Gesellschaften herrscht dagegen auf Grund ihrer Organisation Drittorganschaft: die Geschäftsführung wird von besonderen Organpersonen besorgt. Da bei den individualistischen Gesellschaften den Gesellschaftern ihre Befugnisse grundsätzlich kraft Gesellschaftsvertrages zukommen, ist die Zahl der Mitglieder in Anbetracht der persönlichen Eigenschaften, mit Rücksicht auf welche der Vertrag geschlossen wurde, eng begrenzt. Jedes einzelne Mitglied ist daher für den Bestand der Gesellschaft wesentlich, seine Rechte und Pflichten sind unübertragbar. Das Ausscheiden eines einzigen Gesellschafters muss grundsätzlich den ursprünglichen Vertrag und damit das gesellschaftliche Band auflösen. Dagegen sind bei den kollektivistischen Gesellschaften, wo die Geschäftsführung durch dienstvertraglich angestellte Organe besorgt wird, grundsätzlich die mitgliedschaftlichen Leistungen vertretbarer Natur, die Zahl der Mitglieder unbegrenzt, der Verband von ihrer Individualität und ihrem Verbleiben unabhängig. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Einzelnen ist durch eine Organisation auf Grund des Mehrheitsprinzips ersetzt, das dem Einzelnen die Wahrung seiner Rechte ermöglicht. Während also bei der ersten Gruppe der Unternehmer Herr des Geschäftes bleibt, obwohl Kapitalgeber daran beteiligt sind, zeigt sich bei den kollektivistischen Gesellschaften, dass, je grösser die Zahl der passiv Beteiligten, je komplizierter der Geschäftsbetrieb ist, umso geringer der Einfluss des einzelnen Risikoträgers pro Beteiligungseinheit bei der Bestimmung der Geschäftsleitung sein muss.

b) Das Merkmal der Haftung.

aa) Beschränkte und unbeschränkte Haftung. Ein zweiter Gesichtspunkt bei der vergleichenden Betrachtung wirtschaftlich fundierter, typischer Merkmale der Gesellschaftsformen ist derjenige der Haftung und Deckungspflicht als Ausdrucksformen des wirtschaftlichen Momentes der Verantwortlichkeit. Gerade die Haftungsverhältnisse stellen nicht bloss äussere Besonderheiten, sondern wesentliche, vom Parteiwillen unabhängige Charakteri-

stiken der gesellschaftlichen Gebilde dar, deren Bedeutung in ihrem Zusammenspiel mit den anderen Teilerscheinungen der Organisation, aber auch in ihrem eigenen wechselweisen Bedingungsverhältnis zur gesamten rechtlichen Struktur des Gebildes liegt, an dem sie betrachtet werden. Als Haftungsarten sind zu unterscheiden: die persönliche Haftung, die das Vermögen des einzelnen Mitgliedes ergreift; und die unpersönliche Haftung, die sich auf das selbständige Gesellschaftsvermögen beschränkt. Nachdem dieses statutenmässig festgelegt und daher begrenzt ist, muss die unpersönliche Haftung eine beschränkte sein, während die persönliche Haftung normalerweise unbeschränkt ist, was aber, in Anbetracht der beschränkten persönlichen Haftung des Kommanditärs, nicht zur Verwechslung von unbeschränkter und persönlicher Haftung führen darf. Die Haftungsformen sind, ausser bei der Genossenschaft, stets von Gesetzes wegen festgelegt und in der Weise den Eigenarten der Gesellschaften angepasst, dass man sie als den Ausdruck des jeweiligen Verhältnisses von Geschäftsführungsbefugnis und Mitgliedschaft auffassen kann —, ist doch auch das ihnen zugrundeliegende wirtschaftliche Moment der Verantwortlichkeit nichts anderes als die Folge des Verhältnisses von Unternehmensleitung und -besitz. Mitglieder mit Eigenrecht auf Geschäftsführung haften demnach regelmässig unbeschränkt, die übrigen beschränkt. Denn es ist auch nicht anders denkbar, als dass der Gesellschafter, der in freier Verfügung den Kredit der Gesellschaft im Wirtschaftskampfe verwendet, auch unbeschränkt für diese Verwendung einstehe. Ist anderseits ein Mitglied von der leitenden Geschäftstätigkeit ausgeschlossen, so muss seine Haftung billigerweise auf ein Mass beschränkt werden, das dem Grade entspricht, in welchem sein Einfluss auf die Eingehung der gesellschaftlichen Verbindlichkeiten sowie deren Höhe ausgeschaltet ist.

bb) Gebundenes und ungebundenes Vermögen. Das wirtschaftliche Moment der Verantwortlichkeit zeitigt auch im Innenverhältnis der Gesellschaften gewisse rechtliche Folgen, indem es die Beziehungen der Gesellschafter massgebend beeinflusst. Solange nämlich die Mitglieder unbeschränkt haften, können sie die gegenseitigen internen Rechte und Pflichten beliebig ordnen, da das Gesetz nur nachgiebige Normen vorsieht. Eine auf das Sondergut beschränkte Haftung setzt dagegen dem Vertragsbereiche

enge Schranken im Interesse Dritter. Das Gesellschaftsvermögen erhält einen starren Charakter, da die Verfügung darüber der freien Vereinbarung der Mitglieder entrückt ist. Die Mitgliedschaft erfährt eine dauernde Bindung an die Gesellschaft durch den gleichsam konstitutiven Charakter der Beitragspflicht. Man pflegt diesen Gegensatz durch die Unterscheidung von Gesellschaften mit gebundenem und solchen mit ungebundenem Kapital festzuhalten. Bei den letzteren ist die Wahrung des durch Einlagen gebildeten Grundkapitals, das Umfang, Umsatz, Konkurrenzfähigkeit des betreffenden Betriebes ausmacht, lediglich eine interne Angelegenheit, denn die persönliche Haftung hält ja den Gläubigern den Weg zu den Privatvermögen der Mitglieder offen. Die Gesellschaftsgläubiger haben kein rechtlich begründetes Interesse an der Ausscheidung eines besonderen Gesellschaftsvermögens; die Kreditbasis bilden die Privatvermögen, wenn auch die Privatgläubiger daran gleichberechtigt sind. Anders in den Fällen von gebundenem Vermögen: hier unterliegt nur das ausschliesslich den Gesellschaftsgläubigern verhaftete Sondervermögen der Zwangsvollstreckung für Gesellschaftsschulden. Die Sicherheit des Verkehrs erfordert daher als Bedingung für die gültige Errichtung der Gesellschaft den Nachweis, dass das vorgeschriebene Reinvermögen aufgebracht sei; dieses muss in der Folge als das obligatorische Vermögen der Gesellschaft unverändert erhalten bleiben.[3a]

III. Das Problem der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften

1. Rechtssystematische Erfassungsversuche.

Wie oben dargelegt, entsprechen der wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Handelsgesellschaften gewisse typische rechtliche Merkmale. Folglich weisen auch die verschiedenen Gesellschaftstypen in ihrer rechtlichen Ausgestaltung spezifische Eigenschaften auf, die verschiedentlich dazu verleitet haben, die Handelsgesellschaften gruppenweise zusammenzufassen, nach dem einen oder anderen Kriterium einer Einteilung zu unterwerfen.

Was zunächst die Tatsache anbelangt, dass sich individualistische und kollektivistische Gesellschaftsformen erkennen lassen, so zeigt sich bei der Betrachtung der verschiedenen Gesell-

---

[3a] Vergl. hierüber: C. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 473 ff.

schaften bald, dass eine darauf abstellende Einteilung sich nicht durchgreifend vollziehen lässt und sich daher nicht zu einer systematischen Unterscheidung von bestimmten Gesellschaftstypen eignen kann. Die durch die Bedürfnisse des Verkehrs hervorgebrachten Zwischenformen stellen eine Verschmelzung des individualistischen mit dem kollektivistischen Typus dar: die Kommanditaktiengesellschaft vereinigt Komplementäre individualistischen Charakters mit kollektivistisch organisierten Kommanditären; bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung besteht trotz dem kollektivistischen Zuschnitt durch ein gesetzliches Normalstatut die Möglichkeit weitgehender Individualisierung nach dem Ermessen der Beteiligten. Während somit die praktische Verkehrsentwicklung einerseits zu einer eigentlichen Ueberbrückung des Gegensatzes zwischen den erwähnten Typen führt, fällt anderseits auch das Merkmal der Haftungsform als Kriterium einer Einteilung der Gesellschaften ausser Betracht. Denn war die reine Vermögenshaftung ursprünglich auf die A. G. beschränkt, so zeigt die neuere Entwicklung die Tendenz, sie auf andere Kapitalgesellschaften, ja sogar auf Personengesellschaften auszudehnen, bei welchen doch die Haftungsbeschränkung mit der vollen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis grundsätzlich in Widerspruch zu geraten scheint. Wieland[4] bezeichnet denn auch als das Hauptproblem der diesbezüglichen Gesetzgebung die Verleihung der Wohltat der beschränkten Haftung an alle gewerblichen Betriebe ohne gleichzeitige Beeinträchtigung der Sicherheit der Gläubiger und der Elastizität des Vermögens. Die für die Schweiz neue Rechtsform der G. m. b. H. bedeute jedenfalls den endgültigen Bruch mit der Anschauung, die Beschränkung der Haftung sei das Korrelat einer bloss passiven Beteiligung. Sollen die Gläubiger für ihre Sicherheit ausschliesslich auf das gesellschaftliche Sondervermögen angewiesen sein, so müssen sie die Gewähr haben, in diesem jederzeit ausreichende Werte vorzufinden: das Gesellschaftsvermögen muss als ein ihnen verhaftetes Sondergut dauernd gewahrt und daher gegen die Willkür der Mitglieder geschützt bleiben. Während nun diese Sicherung der Gläubiger auf dem Wege eines garantierten Sondervermögens normalerweise dadurch erreicht wird, dass eine rein kollektivistische Organisation den Gesellschaftern die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen entzieht, ist sie

[4] a. a. O., Bd. I, S. 490.

bei der G. m. b. H. in der Weise verwirklicht, dass den Mitgliedern unter Ueberlassung der typischen internen Ausgestaltung ihres Gebildes eine Deckungspflicht von Gesetzes wegen auferlegt wird. Diese Regelung ist offensichtlich das Werk der Praxis, denn auf Grund theoretischer Prinzipien müsste die mit der Abtrennung eines Sondervermögens verbundene Haftungsbeschränkung bei Gesellschaften in denen die Teilhaber die direkte, unbeschränkte Verfügungsmacht über das Kapital haben, zunächst undurchführbar scheinen. Das wirtschaftliche Moment der Sicherheit der Gläubiger, die ja den Bestand des Geschäftsvermögens neben den Privatvermögen weder kontrollieren noch beeinflussen können, steht hier jeder Haftungsbeschränkung grundsätzlich entgegen. Ihm dient nun aber die Gewähr für die Erfüllung der Einlagepflicht, welche durch besagte Deckungspflicht geboten wird, die im Ergebnis das Risiko stets auf den Umfang des gesamten Stammvermögens ausdehnt. Die Deckungspflicht ist eine Beitragspflicht über die geschuldete Einlage hinaus und verstärkt den Kredit der Gesellschaft, indem sie dem Gläubiger indirekt den Zugriff zum Privatvermögen der Mitglieder ermöglicht; dieser ihr Charakter bewirkt, dass zwar wohl die Haftung der Gesellschaft als solcher beschränkt und festgelegt bleibt, dass hingegen der Umfang der Haftung des einzelnen Mitgliedes, das von Gesetzes wegen solidarisch bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals haftet, nach oben abgegrenzt, aber im Einzelfalle vom konkreten Tatbestande abhängig ist. — Vollends versagt aber das Merkmal der Haftung als Einteilungsgrund beim Versuche der Erfassung der Kom. A. G., wo ja beschränkte und unbeschränkte Haftung in derselben Gesellschaftsform vereinigt sind. Auch die erwähnte Unterscheidungsmöglichkeit von Gesellschaften mit gebundenem und solchen mit ungebundenem Vermögen entbehrt in Anbetracht obiger Zwischenformen jeglichen Wertes als Kriterium für eine systematische Einteilung.

Unbeschadet dieses negativen Ergebnisses wissenschaftlicher Einteilungsversuche, hat der Sprachgebrauch eine Unterscheidung herausgebildet, welche die augenfälligsten Merkmale der verschiedenen Gesellschaften in anschaulichen Bezeichnungen zusammenfasst. Die herrschende Terminologie teilt nämlich die Handelsgesellschaften in Personengesellschaften ein, bei denen die Persönlichkeit und Eigenschaften der Mitglieder von entscheidender Be-

deutung sind, welche individualistisch organisiert sind und in denen das Privatvermögen der Mitglieder mithaftet; und in solche, bei denen auf Grund ihres kollektivistischen Aufbaues der veräusserliche Anteil am Gesellschaftsvermögen und dieses selbst als ein gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Mindestreinvermögen allein entscheidend ist, und die daher als Kapitalgesellschaften bezeichnet werden. Bezeichnend ist, dass selbst diese willkürlich nach zusammengestellten Merkmalen durchgeführte Unterscheidung gewissen Zwischenformen nicht gerecht zu werden vermag und daher wissenschaftlich nicht befriedigen kann.

Die scharfe Trennung von Innen- und Aussenverhältnis bei den sogenannten Personengesellschaften, verbunden mit der Tatsache, dass das erstere nachgiebig, das letztere dagegen zwingend geregelt ist, hat Autoren dazu verleitet, auf das Aussenverhältnis allein abzustellen und die Handelsgesellschaften nach dem Merkmal der von ihrem inneren Zusammenhange losgelösten Haftung als verschiedene Haftungsformen aufzufassen.[5] Die Argumentation, Rechtssätze von dispositivem Charakter könnten nicht für die logische Begriffsbestimmung eines Rechtsinstitutes verwendet werden und die internen gesellschaftlichen Verhältnisse seien daher keine begriffswesentliche Voraussetzung der Handelsgesellschaften, übersieht aber, wie Wieland dargelegt hat,[6] dass für die internen rechtlichen Verhältnisse eben der Gesellschaftsvertrag nach Gesetz wesentlich ist und dass «wesentlich» nicht mit «zwingend» gleichgesetzt werden darf.

Bei den reinen Kapitalgesellschaften sind hingegen Innen- und Aussenverhältnis nicht in diesem Sinne getrennt: um das allein haftende Gesellschaftsvermögen der Willkür der Mitglieder zu entziehen, sind auch die inneren Verhältnisse zwingend geregelt, und zwar in der Weise, dass die Gesellschaft als solche auch nach innen ein selbständiges Sonderdasein gegenüber den Gesellschaftern führt. Diese innere Selbständigkeit und die mit ihr zusammenhängende körperschaftliche Organisation sind positivrechtliche Eescheinungsformen eines wirtschaftlichen Prinzips, die nach aussen mit grosser Deutlichkeit hervortreten, was vielfach dazu verleitet hat, in ihnen das entscheidende Kriterium für eine Einteilung der Handelsgesell-

---

[5] P. Laband, ZHR, Bd. 30, S. 506 ff. — K. Adler, Zur Entwicklungsgeschichte und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895. S. 71 ff.

[6] a. a. O., Bd. I, S. 502.

schaften nach ihrer Rechtsnatur zu erblicken. Die Verdeutlichung des Unterschiedes zwischen dem gesellschaftlichen Gebilde als rechtliche Verkehrseinheit und den Gesellschaftern als Privatpersonen durch die innere Verselbständigung des ersteren hat zur Folge gehabt, dass man die Qualifikation der Gesellschaften als selbständige Rechtssubjekte, als juristische Personen, von dieser innern Struktur abhängig machen zu müssen glaubte. In diesem Sinne werden die Handelsgesellschaften gerne nach ihrer (vermeintlichen) «Rechtsnatur» in solche mit und solche ohne juristische Persönlichkeit eingeteilt, unbeschadet der Tatsache, dass auch letztere als Rechtssubjekte auftreten. Der Verbreitung dieser Auffassung war die Tatsache förderlich, dass das Gesetz, wenigstens in den Ländern der deutschrechtlichen Gruppe, sie zu sanktionieren scheint, indem es der K. G. und Kom. G. das Recht der Persönlichkeit vorenthält. Wäre aber die innere Selbständigkeit wirklich die wahre und einzige Grundlage der juristischen Persönlichkeit, so müssten umgekehrt sämtliche juristischen Personen dieses Merkmal der Organisation aufweisen. Die Tatsache aber, dass dies nicht der Fall ist —, man denke an die G. m. b. H. oder Genossenschaft —, beweist die doppelte Unhaltbarkeit dieses Merkmals zunächst als Kriterium für die juristische Persönlichkeit im allgemeinen und im weiteren als systematischer Einteilungsgrund der Handelsgesellschaften. Wenn es sich trotzdem in der ersteren Eigenschaft teilweise, in der letzeren aber vollkommen durchgesetzt hat, so dürfte dies seinen Grund, nicht aber seine Erklärung, in einer irrtümlichen Umkehrung der Methode des Rechts haben, die hier stattgefunden zu haben scheint: nachdem es der Rechtswissenschaft nicht gelungen war, dem Gesetzgeber mit klaren theoretischen Unterlagen über das Problem der Rechtsnatur der Gesellschaften an die Hand zu gehen, empfand sie, in Anbetracht der tatsächlich durchgeführten Unterscheidung von Gesellschaften mit und solchen ohne juristische Persönlichkeit von Seiten des Gesetzes, das Bedürfnis, wenigstens nachträglich eine wissenschaftliche Erklärung hierfür zu konstruieren. Zu diesem Zwecke bedurfte es eines möglichst universellen Kriteriums, welches man mangels eines besseren in eben dieser inneren Selbständigkeit gefunden zu haben glaubte, die in der Tat die meisten juristischen Personen von den Gesellschaften ohne Persönlichkeit unterscheidet. Die methodischen Schwierigkeiten, welche sich dabei mit Be-

zug auf jene Gebilde ergeben, die Rechtssubjekte sind, ohne die eigene Persönlichkeit zu besitzen, und jene, die juristische Personen sind, ohne die besagte innere Selbständigkeit aufzuweisen, werden meist unberücksichtigt gelassen oder mit dem Hinweis auf den «Reichtum der Formen» übergangen.

2. *Die Problematik des Sachverhaltes.*

Die Situation ist demnach folgende: während die Theorie einerseits keinen aus deren Wesen sich ergebenden grundlegenden Unterschied zwischen den Gesellschaftsformen des Handelsrechts nachzuweisen vermag, der ihre Einteilung durch die Praxis in zwei wesentlich verschiedene Kategorien rechtfertigen könnte, noch anderseits ein klares, rechtlich erfassbares, einheitliches Prinzip in ihnen findet; während also die theoretische Rechtswissenschaft überhaupt nichts Grundsätzliches über die ihrem wirtschaftlichen Wesen entsprechende Rechtsnatur der Handelsgesellschaften auszusagen in der Lage ist, unterscheidet dessenungeachtet die Praxis juristische Personen und Gesellschaften ohne Persönlichkeit. Der Versuch der Aufklärung dieser rechtsphilosophisch bedenklichen Diskrepanz zwischen theoretischer Rechtswissenschaft und praktischer Rechtspflege muss verschiedene Möglichkeiten ins Auge fassen.

1. Entweder sind alle Gesellschaftsarten, die sich als Ausdruck von Bedürfnissen des Wirtschaftslebens herausgebildet haben, ihrem Wesen nach faktisch gleichartig, so dass sie sich auf ein einheitliches Prinzip zurückführen lassen müssen und nur in den Einzelheiten der individuellen Ausgestaltung von einander unterscheiden: in diesem Falle ist die herrschende Praxis grundsätzlich unrichtig, weil sie von sich aus eine Unterscheidung der Handelsgesellschaften durchführt, während die Erkenntnisse der Theorie keine solche rechtfertigen. Im Besonderen besteht dann der Fehler entweder darin, dass die Praxis Gesellschaften ohne Persönlichkeit unterscheidet, während einheitlich allen Gesellschaften die Persönlichkeit zukommt; oder darin, dass sie juristische Personen kennt, während in Wirklichkeit allen Gesellschaften einheitlich keine Persönlichkeit zukommt. Der doppelte Fehler der Theorie bestünde hingegen darin, dass sie nicht in der Lage ist, klar zu verkünden, erstens: dass ein einheitliches Prinzip, und zweitens: welches die wesentliche Gleichartigkeit der Handelsgesellschaften

begründet (denn auf Grund der Nichterkennung einer Ungleichartigkeit kann sie nicht das Verdienst beanspruchen, der Praxis die Erkenntnis der Gleichartigkeit vermittelt zu haben).

2. Oder aber es sind die Handelsgesellschaften faktisch ihrem Wesen nach verschieden: dann liegt ein unbedingter Fehler der Theorie vor, indem sie die prinzipiellen Verschiedenheiten nicht erkennt und dogmatisch erfasst; und der eventuelle Fehler der Praxis wäre darin zu erblicken, dass sie zwar die Handelsgesellschaften tatsächlich verschieden behandelt, dass diese Behandlung aber nicht ihrem wahren Wesen entspricht. — Man mag nun die Frage aufwerfen, ob die Aufrollung dieses Problems, so bedeutungsvoll es in methodischer und rechtsphilosophischer Hinsicht dem Theoretiker erscheinen mag, durch Bedürfnisse der Praxis auch wirklich notwendig gemacht werde. Zwar läuft die Untersuchung, zu welchem praktischen Resultate sie auch gelangen mag, mit der Aufklärung einer grundlegenden Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis parallel, und ihre Qualifikation als wissenschaftliches Gebot steht daher fest. Aber die absolute Richtigkeit als Selbstzweck steht in unserem dynamischen Zeitalter tief im Kurse und alle Theorie im Bereiche des Rechts ist bezüglich ihrer Daseinsberechtigung mehr oder weniger in den von praktischen Bedürfnissen gesteckten Rahmen verwiesen. So kann denn auch die Frage nach der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften nur in dem Grade von allgemeinem Interesse sein, als sie auch praktisch bedeutsam ist. Dementsprechend hat auch die Einteilung der Gesellschaften nach ihrer Rechtsnatur nur einen Sinn, wenn sie nicht theoretischer Selbstzweck bleibt, sondern wissenschaftlichen Erkenntniswert von praktischer Verwertbarkeit besitzt. So musste auch Geiler,[7] der sich mit der «systematischen Gruppierung der Gesellschaftsformen und der gesellschaftlichen Zusammenschlüsse» eingehend befasst hat, eine versuchte Unterscheidung von Unternehmungs-, Verflechtungs- und Förderungsgemeinschaften als praktisch unbefriedigend erkennen, weil ihre Durchführung die «Fülle der Erscheinungsformen der Rechtswirklichkeit» doch nicht zu erfassen vermöchte und daher wertlos bliebe. Der rein praktische Wert einer Untersuchung der wissenschaftlichen Unterlagen der positivrechtlichen Einteilung von Gesellschaften nach dem Kriterium ihrer Persönlichkeit wird also davon abhängen, inwie-

[7] K. Geiler, a. a. O., S. 598 ff.

fern diese in der Praxis überhaupt von Bedeutung ist —, was der folgende Abschnitt ergeben soll.

Ergebnis:

Die Unterscheidung durch die Praxis von Gesellschaften mit und solchen ohne juristische Persönlichkeit erweist sich als wirtschaftlich und rechtstheoretisch unbegründet und gibt Anlass zur Untersuchung der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften und damit des Wesens der juristischen Persönlichkeit überhaupt. Die praktische Rechtfertigung hierfür muss aber durch Bedürfnisse des Rechtsverkehrs gegeben sein, so dass dieser Untersuchung eine Betrachtung der Rechtsstellung der Personengesellschaften voranzugehen hat.

2. ABSCHNITT

Die Rechtsstellung der Personengesellschaften nach schweizerischem Recht

I. Zur Revision des Gesellschaftsrechts

1. Allgemeines.

Die allgemeinen Entwicklungstendenzen auf gesellschaftsrechtlichem Gebiete zeigen besonders deutlich, dass jede Rechtsentwicklung mehr oder weniger als das Spiegelbild des allgemeinen sozialen Lebens und seiner Dynamik aufzufassen ist. Der bedeutsamste Zug in der neuesten Entwicklung ist eine zunehmende sozialrechtliche Gebundenheit auf allen Rechtsgebieten und eine progressive Einengung der privaten Individualsphäre zugunsten der staatlichen Gemeinschaft. Mehr und mehr tritt der Staat in den Vordergrund des Rechtslebens und beeinflusst dieses bis in seine Grundlagen, so dass sogar spezifisch individualistische Begriffe wie derjenige z. B. des Eigentums gewissen Modifikationen in diesem Sinne unterliegen. Im Gesellschaftsrecht macht sich auf Grund dieser Tendenzen ein Zug von der Einzelwirtschaft zur Verbandsökonomie bemerkbar, der wohl als das Produkt der heute allenthalben versuchten Angleichung von individualistisch-kapitalistischen Grundsätzen an das kollektivistische Prinzip anzusehen ist. Mehr und mehr treten an die Stelle von Einzelnen mit

hohen Kapitalgewinnen grosse Wirtschaftsgebilde, deren Kapital sich bei einer gleichzeitigen wesentlichen Herabsetzung der Einzelgewinne auf weite Interessentenkreise verteilt. Dieser Strukturwandel der Wirtschaft hat naturgemäss die Aufmerksamkeit der Gesetzgeber auf die Organisationsformen der Handelsgesellschaften gelenkt. Die neuen Methoden der Finanzierung und Unternehmenszusammenfassung bedingten z. T. eine Neuordnung des Gesellschaftsrechts, wie sie die Revisionsbewegungen der meisten Länder mit sich gebracht haben, resp. zu bringen im Begriffe sind. Immerhin hatte sich das schweizerische Handelsrecht, wenn man von einem solchen sprechen kann, schon vor der Revision als sehr leistungsfähig erwiesen, so dass innerhalb seiner Schranken eine gesunde Entwicklung möglich war und die Reform sich auf Einzelheiten beschränken konnte.[8]

Bezeichnend für die Revision der Titel XXIV—XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts ist die Achtung und gesetzgeberische Anerkennung neuer Rechtsformen und Rechtsgedanken, die durch aussergesetzliche Rechtsentwicklung entstanden sind und die sich in der Praxis bewährt haben. Es ist dies ein Anzeichen aufkommender Dynamik in der Gesetzgebung, die an dieser Stelle durchaus begrüssenswert ist und sich des weiteren auch in der Tendenz zur Vermeidung von Definitionen wiedererkennen lässt.[9] Denn alle Definitionen, die in einem Gesetze die Begriffe für dessen Geltungsdauer festlegen, müssen zur Erstarrung seiner Normen beitragen. — Von grosser Bedeutung ist ferner die Besinnung der Gesetzgebung auf die Methode des Rechts in Fragen dogmatischer Natur. So hat es im neuen Gesellschaftsrecht der Gesetzgeber z. B. vermieden, zu einer wissenschaftlich unentschiedenen Streitfrage wie jener der Rechtsnatur der Personengesellschaften eigenmächtig durch positive Vorschriften Stellung zu nehmen, was bei Betrachtung der diesbezüglichen Entwicklungsgeschichte durchaus nicht als Selbstverständlichkeit erscheint.

2. *Juristische Persönlichkeit und Gesetz.*

Während E. Huber in seinem Entwurfe von 1919 eine Zweiteilung der Gesellschaften in solche mit und solche ohne juristi-

---

[8] Vergl. A. Egger, Zur Revision des schweizerischen «Handelsrechts» ... 1928.

[9] H. Fehr, Das kommende Recht, S. 2 ff.

sche Persönlichkeit vornahm, kam der Hoffmannsche Entwurf von 1923 wieder davon ab und liess die berühmte Streitfrage unberührt. Dies war auch das Resultat der Beratungen der Expertenkommission über den zweiten Revisionsentwurf, im Verlaufe welcher das Bedürfnis nach einer positiven Entscheidung für oder gegen die Zusprechung der juristischen Persönlichkeit an die K. G. und Kom. G. überhaupt bestritten wurde.[10] Das bisherige Recht sei ohne diesbezügliche Entscheidung ausgekommen, eine solche müsse der Praxis überlassen bleiben. Die Nichtlösung dieser akademischen Frage habe bisher keine Schwierigkeiten in der Praxis gezeitigt; die betreffenden Gesellschaften seien eben Wesen mit zwei Naturen und erscheinen nach aussen als juristische Personen, nach innen dagegen als Gesellschaften —, eine diesbezügliche Regelung sei überflüssig. Ferner wurden Zweckmässigkeitsgründe gegen eine ausdrückliche Anerkennung der Persönlichkeit geltend gemacht, welche ihre tatsächliche Bedeutung für die Steuergesetzgebung und das Strafrecht in den Hintergrund treten liessen, so dass schliesslich in eventueller Abstimmung mit 10 gegen 9 Stimmen die Anerkennung abgelehnt wurde und die definitive Abstimmung die Offenlassung der Frage ergab. So sind denn im schweizerischen Recht die Personengesellschaften formell Gemeinschaften zur gesamten Hand geblieben. Dieser Tatsache kommt jedoch keinerlei theoretisch-wissenschaftliche Bedeutung zu, kann sich doch die methodisch primäre Theorie ihre Lösungen nicht von der Praxis ausborgen. Es ist hier vor allem notwendig, sich klar zu sein, dass die Frage, ob gewisse Gebilde juristische Personen seien, von der Frage zu unterscheiden ist, ob sie auf Grund ihres Wesens solche sein sollten. Die erstere ist eine Frage des positiven Rechts und daher durch den jeweiligen Gesetzestext eindeutig entschieden: das Gesetz verleiht oder nicht die Persönlichkeit an Gebilde einer bestimmten Beschaffenheit. Die zweite Frage dagegen ist keine andere als die nach deren Rechtsnatur und kann daher durch keine positive Regelung, sondern nur auf wissenschaftlichem Wege beantwortet werden. Wenn also der Gesetzgeber auf die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung über die Persönlichkeit der Personengesellschaften verzichtete, so ist

---

[10] Guhl-Haab: Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommissionen. 1926. — A. Egger, Protokolle der Verhandlungen der Expertenkommission... etc. 1926.

dies richtigerweise so auszulegen, dass die dynamisch orientierte Gesetzgebung das Risiko einer wissenschaftlich ungerechtfertigten Regelung meidet und der Praxis die Stellungnahme im Sinne der Rechtsidee freistellt. Auf diese Weise stempelt sie den Gerichtsgebrauch zur vollwertigen Rechtsquelle, die nicht nur die Lücken des Gesetzes auszufüllen, sondern dieses event. sogar zu korrigieren hat. Die Schwäche der geltenden Regelung sieht z. B. Fick[11] darin, dass die Auffassung des bisherigen Rechts beibehalten wurde, welche die Unterschiede der Personengesellschaften zu den juristischen Personen ihren Aehnlichkeiten mit ihnen voranstellte, während nach seiner Ansicht letztere vorwiegen, da ja die K. G. wie die Kom. G. die wichtigsten Rechte der Persönlichkeit ohnehin besitzen. Die nicht zu leugnende Abhängigkeit dieser Gesellschaften von ihren Mitgliedern stellt sie aber nach herrschender Auffassung in Gegensatz zu den juristischen Personen und stempelt sie zu Rechtssubjekten zweiter Ordnung: Trägerin der Rechte und Pflichten der Gesellschaft ist die Gesamtheit der Mitglieder —. eine Konstruktion, deren praktische Auswirkungen im folgenden zu untersuchen sind.

II. Die Kollektivgesellschaft als Gesamthandverhältnis

1. Historisches.

Ein Blick in die Geschichte eines Rechtsinstitutes ist meist geeignet, in aufschlussreicher Weise auf seinen ursprünglichen und daher eigentlichen Sinn hinzuweisen. — Die ersten Spuren der K. G. finden sich im Rechtsleben der italienischen Handelsstädte des Mittelalters. Bezeichnend für ihren intimen Charakter ist ihre allmähliche Entwicklung aus dem unabgeteilten Haushalte der Brüder auf dem väterlichen Erbe.[12] Schon im dreizehnten Jahrhundert tauchen «compagniae» in den florentinischen Rechtsquellen auf. Von Italien wurden diese Formen nach Frankreich verpflanzt, wo sich zum ersten Male die Gesetzgebung ihrer annahm. Königliche Ordonnanzen, in denen davon die Rede ist, gehen bis in die Mitte des vierzehnten Jahrhunderts zurück. Relativ spät findet man die ersten Spuren von «merklichen Gesellschaften»

---

[11] F. Fick, Die Handelsgesellschaften ohne Persönlichkeit. SJZ 17, S. 21.

[12] H. Dürrenmatt, Die Kollektivgesellschaft in der Gesetzgebung Frankreichs, Deutschlands und der Schweiz. — Diss. Bern 1900. S. 12.

und «Kaufmannschaften» in deutschen Rechtsquellen, nämlich in den Rechten der Hansestädte, inbesondere Lübecks. Die weitere Entwicklung erfolgte in der Partikulargesetzgebung, die erste umfassende und einheitliche Regelung findet sich erst im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche von 1861. — Auch in der Schweiz sind die diesbezüglichen Rechtsquellen spärlich.[13] Das früheste Vorkommen der K. G. lässt sich im fünfzehnten Jahrhundert in Luzern nachweisen. Nähere Bestimmungen tauchen zum ersten Male in der Basler Stadtgerichtsordnung von 1719 auf.

Dieser kurze Rückblick auf die historischen Wurzeln der K. G. deutet bereits auf ihre wesentlichen Züge hin: persönlicher Charakter und Handelszweck, die denn auch für die moderne Gesetzgebung noch richtunggebend sind.

2. *Zur herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur der Personengesellschaften.*

In derselben Weise, wie die Berücksichtigung der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs durch die Verleihung der juristischen Persönlichkeit an die Gesellschaften mit innerer Selbständigkeit ebensosehr das Resultat wie die Grundlage unzähliger diesbezüglicher Theorien war; so hat anderseits die Nichtanerkennung der Persönlichkeit der Personengesellschaften von Seiten des Gesetzes wohl mehr Theorien zu begründen geholfen als ihr selbst zugrundeliegen. Auch in diesem Falle scheint das Bedürfnis, eine gefühlsmässige Einstellung des Gesetzgebers rechtstheoretisch zu unterbauen und mit allen Mitteln eine Begründung dafür zu konstruieren, dass den Personengesellschaften keine Persönlichkeit zuerkannt wird, das Leitmotiv zur Mehrzahl der in der Literatur vertretenen Theorien gewesen zu sein. So ist es denn auch nicht verwunderlich, dass die Lehre, welche diesem Bedürfnisse am vollständigsten zu entsprechen scheint, zur herrschenden geworden ist: nämlich die Lehre, welche die Rechtsnatur der Personengesellschaften aus dem germanischen Rechtsgebilde der Gemeinschaft zur gesamten Hand erklärt. Diese stellt kein eigentliches, selbständiges Rechtsinstitut dar, sondern ist als ein «Gedankenelement» zu verstehen, das in zahlreichen Rechtsgebilden wiederkehrt und

[13] Vergl. H. Kobelt, Die Entwicklung der Handelsgesellschaften und ihres Rechts in der Schweiz. Diss. Bern 1916.

bezüglich Inhalt und Form wandelbar ist. Sie beruht auf der Verbundenheit von Individuen durch eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft, und verknüpft die beiden Elemente der subjektiven Einheit der Genossen und der objektiven Einheit der Vermögensmasse, von denen bald das eine, bald das andere als das ausschlaggebende Moment der Gemeinschaft hervortritt. Der Zusammenschluss der Vielheit zu einer Einheit durch das Band des Vertrages macht sie jedoch nicht zu einer selbständigen Verbandsperson, sondern zu einer sogen. «einheitlichen Allgemeinheit und vielheitlichen Summe» von Individuen. Eine kollektive Einheit ist es also, die als Subjekt und Träger von Rechten und Pflichten den Einzelnen entgegentritt sowie nach aussen eine Selbständigkeit aufweist, die ihre Rechtsstellung in manchen Belangen derjenigen der juristischen Personen annähert. Die Mitglieder sind in ihrer Verbundenheit die Träger einer Gemeinsphäre, die sich von den Individualsphären unterscheidet. Die freie Uebereinstimmung der individuellen Willen bildet den sogen. Gesamtwillen der Gemeinschaft. Aus der Verbundenheit der Gemeinder resultiert die Geschlossenheit des Vermögens, das je nach dem Rechtsverhältnisse der Gemeinder mehr oder weniger selbständig ist. Die im Verkehr mit Dritten rechtsfähige Gesamthand kann auch den Gesellschaftern gegenüber als Rechtssubjekt auftreten, denn trotz der engen persönlichen Bindung der Genossen bleibt diesen eine weite Sondersphäre vorbehalten, innerhalb welcher sie ihre Individualität wahren und der Kollektiveinheit gegenübertreten können. Die Gemeinschafter zur gesamten Hand nehmen also —, so fasst die herrschende Lehre zusammen —, eine Mittelstellung zwischen der rein obligatorischen Bindung der societas und der selbständigen Verbandseinheit der juristischen Person ein. Nur diese Auffassung werde dem Doppelcharakter der Personengesellschaft als Verhältnis unter den Beteiligten und über den Einzelnen stehende Einheit gerecht. — Diese Theorie liefert nun zwar eine ziemlich ausführliche Beschreibung, aber keine wissenschaftliche Erklärung und Begründung der Eigenschaften der Personengesellschaften. D. h. sie vermittelt keine vernunftmässig verwertbare Erkenntnis, wie sie aus jenen Theorien resultiert, die aus klar definierbaren Begriffen mit den Mitteln der Logik ein abstraktes System konstruieren. Dieser Mangel, der sie erkenntnismässig unbrauchbar macht, dürfte, wie zu zeigen versucht werden soll, einer gewissen Selbst-

täuschung ihrer Vertreter zuzuschreiben sein, durch welche tatsächliche Gegensätze scheinbar versöhnt werden.[14] Es ist der Theorie weder geglückt, die positivrechtliche Tatsache, dass das Gesetz den Personengesellschaften keine Persönlichkeit zuerkennt, zu rechtfertigen, noch umgekehrt die weitere Tatsache, dass diese trotzdem den juristischen Personen weitgehend gleichgestellt sind, systematisch zu erklären. So bleibt nichts übrig, als die Schwierigkeiten, die Gegensätze, das Unerklärliche als solche überhaupt zu negieren und als Normalfall sui generis darzustellen. Dies scheint denn auch das Verfahren der Gesamthandlehre in ihrer Anwendung auf die Personengesellschaften zu sein, so wie sie in der neueren Literatur zu vertreten werden pflegt.[15] Der über die logische Kluft, jenseits welcher sich diese Lehre entwickelt, hinweghelfende Kunstgriff besteht darin, dass man von den willkürlich zusammengefassten verschiedenen positivrechtlichen Eigenschaften der Personengesellschaften eine einheitliche Gesamtform abstrahiert und zum Inhalte eines eigenen, neuen Begriffes erhebt. Dieser muss nun alle jene Erscheinungsformen enthalten, deren Erklärung bisher an der Tatsache scheiterte, dass sie sich mit den Begriffen der logisch begründeten Rechtstheorie nicht erfassen liessen. Dieser Willkürbegriff kann den verschiedensten gesellschaftlichen Erscheinungsformen zugrundegelegt werden, und sieht man dabei von dem vorangegangenen Abstraktionsvorgange ab, so erhält man den Eindruck, als wäre in systematisch richtiger Weise der Begriff der konkreten Einzelform aus dem Oberbegriff einer systematisch zugrundeliegenden Ueberform erhalten worden. Dies trifft als Teiloperation tatsächlich zu und macht auch die scheinbare Unanfechtbarkeit dieser Lehre aus: es lässt sich nichts gegen sie einwenden, solange man übersieht, dass der Oberbegriff der Gesamthand, der sich zur Ableitung und scheinbaren Erklärung aller wünschbaren möglichen und unmöglichen Gesellschaftsformen eignet, selber ausserhalb des Systems steht, ja faktisch heute gar nicht mehr existiert, sondern eigens zu diesem Zwecke aus den historischen Tiefen ursprünglicher Rechtszustände hervorgeholt

[14] Vergl. die Bemerkung F. Schreiers (Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. 1924. S. 37): «Es scheint eine eigentümliche Schwäche der Juristen zu sein, dass sie dem eigenen Denken nicht vertrauen, sondern nur der Anschauung».

[15] Die historische Entwicklung der Gesamthandlehre und insbesondere die Gesamthandtheorie von O. Gierke ist im III. Abschnitt zu betrachten.

wurde.[16] Dies erklärt, warum die ganze darauf aufgebaute Lehre eigentlich überhaupt nicht verständlich sein kann. — Damit etwas verständlich sei, d. h. durch menschliche Vernunft erfasst und in die durch das logische Denken vermittelten allgemeinen Zusammenhänge eingeordnet werden könne, ist es unerlässlich, dass es sich als Einzelgedanken oder Gedankenkomplex in jenen Erkenntnisbereich einfügen lasse, dessen Rahmen durch die axiomatische Einsicht gesteckt ist und dessen Substanz nur das logisch Gewonnene sein kann. Dies trifft aber für den Zwitterbegriff der Gesamthand nicht zu, der zugleich Einheit und Vielheit sein will, und dessen Verfechter geltend machen können, dass die unter den Begriff der Gesamthand fallenden Gesellschaftsformen in der Tat alles «sind» und alles «können», was den Eigenschaften entspricht, aus denen dieser Begriff durch Abstraktion gewonnen wurde. Der circulus vitiosus, der hier vorliegt, kommt eben dadurch zustande, dass der Oberbegriff, dessen Auffindung die systematische Erfassung und Einordnung eines Komplexes von Eigenschaften gestatten würde, für den die üblichen Begriffe sich als zu eng erwiesen, — dass gerade dieser Oberbegriff erst durch Zusammenfassung ebenderselben Eigenschaften unter ein Deckwort gewonnen wird, die man nachher erfolgreich wieder aus ihm ableitet. Die Gesamthandlehre kann also deshalb keine Erkenntnis des wahren Wesens der Personengesellschaften vermitteln, weil der Schlüsselbegriff zu deren vermeintlicher Rechtsnatur von ihr nicht logisch gewonnen, sondern opportunistisch geschaffen wird. Dies mag zulässig sein, soweit das Recht als reine Konstruktionswissenschaft erscheint, die die Ausgestaltung ihrer Institute nach der Idee des Rechts selbständig vornimmt. Aber gerade im Gesellschaftsrecht tritt die mehr oder weniger latente Substanz allen Rechts, nämlich die Sozialwirtschaft im Sinne Stammlers, in verstärktem Masse hervor und ruft nach Berücksichtigung durch die Methode der Rechtsschöpfung. Diese wird, soweit gewisse soziologische Gegebenheiten eine primäre Berücksichtigung als substantielle Grund-

[16] Die Bezeichnung «Gesamthand» stellt somit überhaupt keinen Begriff im logischen Sinne dar; ist aber der Verstand das Vermögen, zu denken, und stellt sich das Denken als die Erkenntnis durch Begriffe dar (Vergl. I. Kant, Kritik der reinen Vernunft, Ausgabe Erdmann 1889, S. 90 ff.), so ergibt sich daraus, dass die Gesamthandlehre dem Verstande keine Erkenntnis a priori zu vermitteln vermag, sondern lediglich Unklarheiten sprachlich verdeckt.

lage des Rechts erfordern, eine Annäherung an die Methode der Naturwissenschaften erfahren müssen, die ja überhaupt nur von naturgegebenen Realitäten auszugehen haben. Erst nach wissenschaftlicher Erfassung und Durchdringung dieser Grundlagen wird daher die Rechtstheorie mit den logischen Mitteln der abstrakten Rechtsschöpfung die Verwirklichung der Rechtsidee weiterverfolgen können.[17]

Wenn sich auch somit gegen die Gesamthandlehre gewisse Bedenken schon allein aus methodischen Gründen ergeben, so muss sie im Folgenden doch als herrschende Lehre bezüglich ihrer Auswirkungen auf die rechtliche Behandlung der Personengesellschaften betrachtet werden.

3. Ueber die Rechtsstellung der Kollektivgesellschaft.

Die Betrachtung der Rechtsstellung der K. G. auf der Grundlage des Gesamthandprinzips muss, demselben entsprechend, eine Zweiteilung erfahren, die dem Doppelcharakter der gesamten Hand Rechnung trägt. Diese Konsequenz hat mit besonderer Gründlichkeit Oderbolz[18] gezogen: er betrachtet getrennt die Rechtswirkungen, die auf das Verhältnis zwischen den Beteiligten und jene, die auf die über ihnen stehende Einheit des Vermögens zurückgehen, worin ihm hier gefolgt wird.

a) Die subjektive Gemeinschaft der Mitglieder.

Der formlose Vertrag, der zur Entstehung der K. G. führt, kann nach dem revidierten O. R. nur zwischen physischen Personen abgeschlossen werden, während früher diesbezüglich keine Regelung vorgesehen war, aber die Handelsregisterpraxis die Eintragung von Gesellschaften regelmässig zuliess, an denen auch nichtphysische Rechtssubjekte beteiligt waren. Juristische Personen

---

[17] In diesem Sinne erscheint das Verfahren der Gesamthandtheorie wissenschaftlich ebenso unrichtig, wie es beispielsweise in der Chemie undenkbar wäre, in Verkennung der einheitlichen Elementsqualität aller Bleiarten für Bleiisotopen im Gegensatz zum Normalblei etwa den Begriff «Schwerweicheisen» zu prägen. Denn nach Ergründung der chemischen Natur dieser Stoffe würde sich ihre chemische Identität herausstellen und die auf ihren ungleichen Atomgewichten beruhende innere Verschiedenheit erschiene neben der Tatsache ihres identischen Verhaltens gegenüber dritten Stoffen als nebensächlich.

[18] G. Oderbolz: Die Kollektivgesellschaft nach dem Hoffmannschen Entwurfe... Diss. Bern 1927. S. 25.

Rücksicht auf die Komplikationen, die sich im Konkurse und bei anderen Anlässen ergeben würden, von der Beteiligung an der und Handelsgesellschaften sind also im neuen Recht, und zwar mit K. G. ausgeschlossen.[19] Diese strenge Bestimmung, die sich immerhin durch die Verwendung von Strohmännern umgehen lässt, kann nicht restlos befriedigen. Wohl lassen die Schwierigkeiten, die aus der Mitgliedschaft einer Personengesellschaft, namentlich im Konkurse entstehen könnten, ihren Ausschluss verständlich erscheinen. Denn da nach der herrschenden Gesamthandtheorie das Individualmoment bei ihnen prävaliert, ist die Individualität der Mitglieder ausschlaggebend, was die normale Existenz der übergeordneten K. G. tatsächlich beeinträchtigen kann. Es scheint nahezuliegen, dass die Rechte und Pflichten mit sich bringende Mitgliedschaft an einer K. G. nur von selbständigen Rechtssubjekten erworben werden kann, aber anderseits auch erworben werden können sollte. Denn es ist nicht einzusehen, warum eine juristische Person nicht ebensogut wie eine natürliche der Rolle eines Kollektivgesellschafters gewachsen sein sollte. Allerdings wäre bei der Zulassung von juristischen Personen zur Mitgliedschaft auf formelle Einzelheiten des Gesetzes, wie die Angabe der Personalien bei der Anmeldung sowie auf ihre Einbeziehung in die Firma zu verzichten: an ihre Stelle träten Firma und Sitz der juristischen Person. Die unbeschränkte Haftbarkeit des Komplementärs wäre dabei kein Hindernis, wie oft behauptet wird, sondern bezöge sich eben auf das ganze Vermögen der juristischen Person wie auf dasjenige einer natürlichen. Der Einwand, eine Kapitalgesellschaft sei nicht qualifiziert, an einer den Charakter der Arbeitsgemeinschaft tragenden Gesellschaft teilzunehmen, scheint ferner ebensowenig stichhaltig, wie jener, der sich auf das Hindernis des Mitgliederwechsels bei den teilnehmenden Kapitalgesellschaften stützt: besteht doch das Wesen der juristischen Persönlichkeit gerade darin, dass sie die Gebilde, denen sie verliehen ist, als selbständige Einheiten ohne Rücksicht auf ihre innere Struktur aufzufassen ermöglicht. In diesem Sinne erschiene daher die Auffassung der K. G. als juristische Person wünschenswert. Denn während die Möglichkeit der Beteiligung an einer K. G. mit Bezug auf K. G.en unter

---

[19] Die Botschaft des Bundesrates zur Revision der Tit. XXIV—XXXIII OR spricht von unzuträglichen Verwicklungen, welche die Einschachtelung von Gesellschaften in die KG bringen müsste.

sich wie im Verhältnis zu andern Gesellschaften durch die Expertenkommission infolge Nichtbedürfnisses vom Gesetzestexte ferngehalten wurde, kommt Oderbolz, der diese Frage genauer geprüft hat,[20] zum Ergebnisse, dass K. G.en auf Grund ihres Wesens sowohl andere Firmen aufnehmen, wie selbst in solchen aufgenommen werden können sollten; zumal in der Praxis die Vergesellschaftung von Firmen wegen der dadurch geschaffenen optimalen Kreditverhältnisse sich grosser Beliebtheit erfreue. — Was die Rechtsstellung der Kollektivgesellschafter als Gesamthänder anbelangt, so stellt sie sich in den wesentlichsten Belangen wie folgt dar. — Jeder einzelne Gesellschafter ist als Mitträger der Gemeinsphäre und durch seine Teilnahme am Gewerbebetrieb ein Kaufmann und unterliegt daher den aus der Kaufmannsqualität fliessenden gesetzlichen Bestimmungen. Innerhalb des Gesellschaftszweckes geniesst er das Mitverwaltungsrecht, welches sich in der Geschäftsführungsbefugnis wie im Recht zur Vertretung der Gesamtheit äussert. Jede Beeinträchtigung dieser grundsätzlichen Befugnisse muss, soll sie Wirkung gegen Dritte haben, im Handelsregister eingetragen werden, da sonst die Handlungen jedes Einzelnen auf Grund seiner Gesamthändereigenschaft der Gemeinschaft zugerechnet werden. Handlungen ausserhalb des normalen Geschäftsbereiches können dagegen nur von der Gesamtheit aller Gemeinder beschlossen werden. Diese Erscheinungen zeigen deutlich, dass der eigentliche Sinn des Kollektivgesellschaftsverhältnisses, wie jener von allen wirtschaftlichen Zweckverbänden, die Zusammenfassung der Interessen Mehrerer und ihre einheitliche Darstellung nach aussen ist; dies wird, mangels einer durchgebildeten internen Organisation, durch die ideale Gleichschaltung der Einzelnen zu identischen Exponenten ihrer Einheit ermöglicht. Die Einzelerscheinungen aber, welche sich an diesen prinzipiellen Kern der K. G. anknüpfen und um deren äusserliche Abgrenzung gegen andersgeartete Formen die Gesamthandtheorie bemüht ist, gehören nicht zu den Wesensmerkmalen der K. G., sondern bilden spezifische Eigenheiten ihrer praktischen Ausgestaltung und sind daher sekundärer Ordnung. — Die Rechtsstellung des Gesamthänders als Mitträger der Gemeinsphäre ist also wohl zu unterscheiden von einem Stellvertretungsverhältnisse, denn er handelt zwar im Na-

[20] G. Oderbolz, a. a. O., S. 29 ff., S. 47. — Vergl. auch: F. Stiner, Firmen als Mitglieder von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Diss. 1933.

men der Gesamtheit und verpflichtet daher diese, ist aber selber ebenfalls in ihr enthalten und bindet sich daher indirekt selber mit. Seine Rechtsstellung entspricht daher derjenigen eines Organes einer juristischen Person, was nach dem neuen O. R. in der Deliktshaftung der Personengesellschaften für ihre Vertretungsbefugten verstärkt zum Ausdrucke gelangt und diese Gebilde auch wieder den juristischen Personen angleicht.[21] Bezeichnend für die Stellung eines Teilhabers der K. G. ist ferner, dass er wie ein Dritter gegen die Gesellschaft Forderungen haben kann, wobei er als normaler Gesellschaftsgläubiger auftritt und seine Ansprüche in den Gesellschaftskonkurs einzugeben berechtigt ist;[22] nach der Gesamthandtheorie scheint er dabei z. T. sein eigener Gläubiger und Schuldner zu sein, wodurch der Gedanke einer Kompensationsmöglichkeit nahegelegt würde! Der Schuldner der K. G. kann aber regelmässig mit Forderungen, die ihm gegen einen einzelnen Teilhaber zustehen, nicht verrechnen; noch kann ein Gesellschafter die Schulden an seinen Privatgläubiger mit Forderungen kompensieren, die der K. G. gegen diesen zustehen.[23] In dem irrtümlichen Bestreben, auch rechtliche Eigenheiten der Personengesellschaften dogmatisch zu begründen, denen abgesehen von ihrem sekundären Charakter in Wirklichkeit wirtschaftliche Gegebenheiten zugrundeliegen, geht die Gesamthandtheorie soweit, die Pflicht der Komplementäre zur persönlichen Haftung für die Gemeinschulden als für die Gesamthand begriffswesentlich zu bezeichnen. Denn da die Gesamthand kein selbständiges Rechtssubjekt darstelle, sei jede Gesamtschuld auch Sonderschuld der Gesamthänder. Diese Ueberlegung scheint nicht ohne weiteres verständlich, da die Gesamthand ja gerade nach aussen, im Verkehr mit Dritten, eine Einheit zu bilden berufen ist und ferner das Wesen der Gesamtschuld doch eben darin zu suchen ist, dass sie keine Sonderschuld darstellt, sondern die Gemeinder in ihrer Verbundenheit trifft. Hier liegt einer jener zahlreichen Punkte vor, deren restlose Abklärung die Voraus-

---

[21] Vergl. Art. 567, 3 OR.

[22] Eine Ausnahme bilden die Ansprüche auf laufende Zinsen und auf die Kapitaleinlage (570, 2 OR) — Noch seltsamer erscheinen die Ansprüche, die der Gesamthänder als solcher und nicht als Dritter gegen die KG hat, z. B. auf Honorar und verfallene Zinsen.

[23] Ausnahme: 573, 3 OR.

setzung für die Möglichkeit des objektiven Verständnisses der Gesamthandtheorie bilden dürfte und deren Problematik meist dann in Erscheinung kommt, wenn man aus dem Bereiche abstrakter Vorstellungen heraus- und an Fragen der praktischen Wirklichkeit herantritt.

Obwohl also nach der herrschenden Lehre die Schulden der Gesamtheit stets auch solche der Einzelnen sind, hat das revidierte O. R. die Neuerung gebracht, dass die Mitglieder von Personengesellschaften sich solidarisch für Gesellschaftsschulden verbürgen können, eine Möglichkeit, die von den Gerichten bisher folgerichtig verneint wurde und die zeigt, dass die dynamisch orientierte Gesetzgebung sich an die erkünstelte Dogmatik der Gesamthandlehre nicht gebunden fühlt, nach welcher eine unmögliche Verbürgung für eigene Schuld vorliegen müsste. Der Verkehr begrüsst die Neuerung als eine willkommene Möglichkeit der Erhöhung der gesellschaftlichen Kreditfähigkeit. Denn ihre praktische Auswirkung ist die, dass die Gesellschaftsgläubiger den solidarisch bürgenden Gesellschafter zu einem Zeitpunkte belangen können, da er als Gesellschafter schlechthin noch nicht belangbar wäre, da die Bürgschaft den automatischen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage bedeutet, auf Grund welcher die Gesellschaft primär zu belangen wäre.[24]

b) Die objektive Einheit des Vermögens.

Das Vermögen der Gesamthand ist insofern eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit, als es aus scharf von den einzelnen Privatvermögen getrennten, zweckgebundenen Einzelvermögensteilen besteht und seine Förderung der Daseinsgrund der Gemeinschaft ist, die es beherrscht. Seine Einheit nach innen beruht darauf, dass es verselbständigt werden kann, zumindest aber der Einheit der Subjekte als zweites verbindendes Element zur Seite tritt. Als «Abbild und Niederschlag der subjektiven Einheit der Gesellschaft» ist das Sondervermögen im Sinne der Gesamthandlehre der Inbegriff aller den Gesellschaftern zustehenden Rechte und Pflichten. Das Eigentum daran gebührt den Gesellschaftern als Gesamtheit, sodass die anteilsmässigen Quoten der Einzelnen bis zur Liquidation reine Rechnungsgrössen bleiben. Bezüglich der Konstruktion der intern-rechtlichen Berechtigung der Einzel-

[24] Vergl. OR 568, Schlussatz.

nen am Gesamtvermögen herrscht naturgemäss Konfusion und es würde zu weit führen, das Gesamthandprinzip diesbezüglich in seine komplizierten Konsequenzen zu verfolgen. Die Unklarheiten beruhen hier darauf, dass angenommen werden muss, der einzelne Gesellschafter verzichte im Gesellschaftsvertrage auf sein Verfügungsrecht über den von ihm eingebrachten Anteil zugunsten der Gesamtheit; dass er aber als Mitträger der Gesamtsphäre doch Mitbeherrscher des Vermögens, d. h. auch an seinem Anteil mitberechtigt ist, so dass sein Verzicht kein vollständiger sein kann. Jedenfalls hat die solcherweise zustandekommende Latenz der individuellen Anteile eine objektive Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens zur Folge, deren Wirkung so weit geht, dass trotz Ein- und Austritten von Mitgliedern und etwaigen Firmenänderungen die K. G. dieselbe bleibt. Guhl sieht daher die wahre Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens in der nach aussen rechtsfähigen Gesellschaft als solcher,[25] womit anderseits die Tatsache nicht in Einklang steht, dass die einzelnen Gesellschafter der Wechselbetreibung für Gesellschaftswechsel unterworfen sind. Die für die Gesamthand wesentliche Verbundenheit der objektiven Vermögenseinheit mit der subjektiven Einheit der Mitglieder beruht auf der Verpflichtung jedes Gesellschafters, einen Beitrag in irgendeiner Form, bestehe er auch nur im Einbringen des persönlichen Kredites und der Uebernahme der Haftung, zu leisten. Denn dieser Beitrag stellt die Hingabe jenes Stückes Persönlichkeitssphäre dar, das nach Eingehen in die Gesamtsphäre die Zugehörigkeit des Beitragenden zu derselben ausmacht und ist zugleich Substanz eines auf diese Weise zu bildenden Sondervermögens der Gesamtheit. Die Teilnahme des Einzelnen am Wirtschaftserfolge desselben ist durch die Ermittlung dieses Erfolges bedingt; diese ist bei Gesamthandverhältnissen jedoch nicht mit der Verpflichtung zur jährlichen Bilanzerrichtung verbunden, sondern die Berechnung der Gewinnanteile ist der kaufmännischen Praxis überlassen. Die diesbezügliche Anpassung an die juristischen Personen wäre aber vom Standpunkte der durch die Bilanzgesetzgebung zu schützenden Interessen Dritter, des Unternehmens selbst und der einzelnen Beteiligten, zu begrüssen. Auch das Postulat der Bücherrevisoren nach einheitlichem Schutz dieser Interessen in allen Gesellschaftsformen durch

[25] Th. Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, Bd. II, S. 262.

eine gleichförmige Regelung weist in dieser Richtung, wenn auch naturgemäss die Gefahren für die Interessierten entsprechend der inneren Struktur der verschiedenen Gesellschaften nicht überall dieselben sind.

III. Die Rechtsstellung der Kommanditgesellschaft

1. Zu Geschichte und Rechtsnatur der Kommanditgesellschaft.

Die Kom. G. ist die älteste Form von Handelsgesellschaften überhaupt. Das römische Recht kannte an ihrer Stelle das Institut des peculium, welches einen unbeschränkten Anteil am Gewinne bei gleichzeitig beschränktem Risiko ermöglichte; es beruhte aber auf einem einseitigen Willensakt, nicht auf Vertrag, und war daher jederzeit widerruflich. Die ersten Kom.G.en finden sich im Rechtsleben Venedigs schon im zehnten Jahrhundert unter dem Namen commenda und bestanden in der Anvertrauung von Vermögenswerten zu beliebigen Unternehmungen zwecks Erzielung von Gewinnen.[26] Der Empfänger der commenda handelte zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung und Gefahr des Gebers. Die juristische Natur dieses Vertrages war von jeher umstritten und da man ihn weder als römisch-rechtliche Sozietät, noch als Mandat oder sonstigen Kontrakt des römischen Rechts auffassen konnte, wurde er als contractus sui generis betrachtet. Auch heute sind die Ansichten noch geteilt und das Gesetz verzichtet daher mit Recht auf eine Qualifizierung der Kom. G., indem es sie der Praxis zur Subsumierung unter die zwitterhafte Gesamthand überlässt. Vielfach wird die Ansicht vertreten, die Kom. G. gehöre zu den juristischen Personen, da sie zu den Eigenschaften der K. G., die ja im Aussenverhältnis denselben weitgehend angenähert sei, noch das Merkmal der teilweise beschränkten Haftung aufweise. Da jedoch eine körperschaftliche Organisation fehlt, die die Selbständigkeit der Kom. G. nach innen herstellen würde, sieht man auch hier die eigentlichen Rechtssubjekte in den einzelnen Gesellschaftern selber und stellt auf deren Individualpersönlichkeit ab. Auch weist die unbeschränkte Haftung der Komplementäre auf das Vorliegen eines prinzipiell demjenigen der K. G. gleichzustellenden Gesellschaftsverhältnisses hin, so dass bezüglich der recht-

[26] N. Stifler, Die Kommanditgesellschaft... Diss. 1907. — Vergl. auch: M. Weber: Zur Geschichte der Handelsgesellschaften. 1889.

lichen Natur der Kom. G. auf die entsprechenden Ausführungen über die K. G. verwiesen werden kann.

2. Zum Gesamthandcharakter der Kommanditgesellschaft.

Die Regelung der von der subjektiven Gemeinschaft der Mitglieder charakterisierten inneren Ausgestaltung der Kom. G. lehnt sich weitgehend an jene der einfachen Gesellschaft an. Während die mit dem ganzen Vermögen unbeschränkt haftenden Komplementäre wie bei der K. G. keine juristische Person oder Handelsgesellschaft sein dürfen, sind vom neuen O. R. als Kommanditäre auch solche zugelassen.[27] Dies scheint anzudeuten, dass der Grund, weshalb der Gesetzgeber nicht einmal juristische Personen als Kollektivgesellschafter zulässt, wobei das Moment der Konkurskomplikationen ja zurückträte, darin zu suchen ist, dass er die unbeschränkte Haftung des Kollektivgesellschafters, und analog des Komplementärs, mit der beschränkten Haftung der meisten juristischen Personen für unvereinbar hielt. Dies beliefe sich aber auf eine Verwechslung der Haftung der Gesellschaft als solcher mit jener der einzelnen Mitglieder, die bei Personengesellschaften zwar gleichgeschaltet, bei juristischen Personen aber normalerweise getrennt sind. Die Mitglieder der letzteren haften zwar mit Bezug auf ihr privates Vermögen nur beschränkt; die Gesellschaft als selbständige Person haftet dagegen mit ihrem Sondervermögen ebenso unbeschränkt, wie jede physische Person. — Obgleich das Vorkommen von Mitgliedern, die nur mit einem beliebig beschränkten Anteil haften und von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen sind, nicht geeignet ist, zur Klarheit bei der Anwendung des Gesamthandbegriffes auf die Kom. G. beizutragen, weil dieser Begriff die Vorstellung der Homogenität der Beteiligung erweckt, so vermag doch nach herrschender Auffassung nur die Gesamthandlehre den Verhältnissen der Kom. G. gerecht zu werden. Danach bewirkt die objektive Vermögenseinheit, dass auch die Kom. G. nach aussen mit einer der juristischen Persönlichkeit gleichkommenden Selbständigkeit auftritt, während für die Tatsache, dass die Mitglieder sich für Gesellschaftsschulden verbürgen können, eine Erklärung fehlt. Bezeichnend für die objektive Einheit des Vermögens ist ferner, dass keinerlei

[27] Art. 594, 2 OR.

interne Abmachungen bezüglich der Leistung ihrer Einlagen von Seiten der Kommanditäre eine Wirkung nach aussen haben können. Die Einlagen gehen in ein ausschliesslich den Gesellschaftsgläubigern vorbehaltenes Sondervermögen über und wenn nach dem neuen Recht auch Sachwerte eingebracht werden können, so ist zum Schutze der Gläubiger gleichzeitig bestimmt, dass diese Sachwerte samt ihrem Anrechnungsansatz auf die Kommandite in das Handelsregister einzutragen seien, wodurch den Gläubigern der Beweis erleichtert werden soll, dass der Wert der Einlage dem Betrage der eingetragenen Kommandite tatsächlich nicht entspreche, letztere also nicht als voll einbezahlt betrachtet werden könne.[28]

Neben den besprochenen, mehr oder weniger bedeutsamen Unstimmigkeiten und Unzulänglichkeiten, welche die Anwendung der Gesamthandtheorie auf die Personengesellschaften mit sich bringt, ergeben sie noch weit schwerere Bedenken gegen diese bei der Betrachtung ihrer Konsequenzen im internationalen Privatrecht, die aus systematischen Gründen in einen zweiten Teil verlegt wurde. Nach obigen theoretischen Betrachtungen dürfte hier vor allem noch die Stellungnahme der Praxis interessieren, die ja oft inmitten dogmatischer Wirrnisse das Prinzip der Rechtsidee aufrechtzuerhalten berufen ist.

IV. Die Rechtsnatur der Personengesellschaften nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes

Die Auffassung der Personengesellschaften als Gesamthandverhältnisse beherrscht auch die Praxis des Bundesgerichts, ohne zwar restlos konsequent zum Durchbruche zu gelangen,[29] so dass diese nicht als durchaus konstant bezeichnet werden kann.[29a]

Der Entscheid 31 II 636 stellt zunächst fest, dass die Gesamthandtheorie in der Schweiz die herrschende Lehre über die Personengesellschaften darstelle, deren selbständige Persönlich-

---

[28] Vergl. 596, 2 OR.

[29] A. Siegwart, Die Stellungnahme der schweizer. Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der KG. 1934.

[29a] Für die Stellungnahme des deutschen Reichsgerichts ist die Bemerkung A. Baumgartens bezeichnend, dass der Begriff der gesamten Hand «dunkle Tiefen» aufweise, die dem Reichsgericht unbehaglich seien (Die Wissenschaft vom Rechte und ihre Methode. 1922. Bd. III, S. 647).

keit demzufolge in folgenden Entscheiden abgelehnt wird: 24 II 735, 31 II 636, 40 II 321, 57 II 357. — Immerhin ergibt sich wiederholt die Notwendigkeit, auf die Einheit der Personengesellschaften nach aussen besonders hinzuweisen: 24 II 734, 42 III 39, 46 II 471 (K. G.: «besonders behandelter Vermögenskomplex»); 41 III 433 («Zusammenfassung von Gesellschaftern»).

Ausdrücklich verneint wird die Persönlichkeit der Personengesellschaften in folgenden auf die Gesamthandtheorie abstellenden Entscheiden: 45 II 302, 46 II 468 (Verneinung der Möglichkeit eines Kollektivgesellschafters, für eine Gesellschaftsschuld zu bürgen). 57 II 357 (Die Gesellschafter sind stets selber die Träger der gesellschaftlichen Verbindlichkeiten; es gibt in der K. G. nur Rechtsverhältnisse unter den Mitgliedern). 42 III 39 (Im Gegensatz zur Konkursfähigkeit der juristischen Personen dauert jene der K. G. noch 6 Monate nach der Löschung des Eintrages im Handelsregister an). 37 I 474 (Gegen die K. G. und gegen ihre Mitglieder gerichtete Betreibungen sind als identisch anzusehen und der Sitz der K. G. bestimmt daher den Betreibungsort für die Gesellschafter). 39 I 296 (Die Gesellschafter sind der Wechselbetreibung für Gesellschaftswechsel unterworfen). 29 II 665 (Der Kommanditär ist unmittelbarer Schuldner der Gesellschaftsgläubiger).

Dagegen werden in den folgenden Entscheiden die Personengesellschaften wie juristische Personen behandelt: 12 203, 14 681 (Eine nicht angefochtene Bürgschaft von Mitgliedern einer K. G. für deren Schulden ist zuzulassen). 32 I 242 (Die Kom.G. kann als juristische Person aufgefasst werden). 46 II 471 (Die Bürgschaft eines Kommanditärs für eine Gesellschaftsschuld ist möglich, zumal diese, soweit sie den Betrag der Kommandite übersteigt, faktisch fremde Schuld ist). 45 II 423 (Gläubigerrechte zwischen der Gesellschaft und einem Mitgliede sind möglich). 32 I 242 (Eine der Gesellschaft gewährte Stundung wirkt nicht zugunsten der einzelnen Mitglieder; eine gegen die Gesellschaft begonnene Betreibung kann nicht gegen ihre Mitglieder fortgesetzt werden). 39 I 341 (Die Gesellschafter können unabhängig von der Gesellschaft besteuert werden). 53 I 127 (Auch die Handelsgesellschaften ohne Persönlichkeit haben als Rechtssubjekte einen eigenen, durch ihren Sitz bestimmten Gerichtsstand).

Während die ausführliche Regelung der Verhältnisse der Per-

sonengesellschaften im Bereiche des Privatrechts der Praxis gestattet, die Lösung privatrechtlicher Fragen meist mehr oder weniger direkt dem Gesetze zu entnehmen, muss in Fragen aus den weniger klar geregelten Bereichen des Verwaltungs-, Betreibungs-, Prozess- und Strafrechts vielfach auf die Theorie zurückgegriffen werden, wobei deren Stellungnahme zum Problem der Rechtsnatur der Personengesellschaften von ausschlaggebender Bedeutung sein muss. Dass in diesen Fällen die Grundlagen, welche die herrschende Gesamthandlehre zu liefern imstande ist, nicht geeignet sind, eine Rechtsprechung zu gewährleisten, die den Postulaten der Rechtssicherheit, Billigkeit und Konstanz gerecht wird, ist unbestreitbar. Aber noch manche Einzelheit der einschlägigen Rechtssprechung zeigt, dass man infolge der prinzipiellen Unsicherheiten bei der Beurteilung der Personengesellschaften in der Praxis meist auf die Bedürfnisse des konkreten Einzelfalles abzustellen geneigt ist, ohne sich zu weit in das theoretische Halbdunkel der Gesamthandlehre vorzuwagen. Einerseits zeigen folgende Erscheinungen eine Distanzierung der Personengesellschaften von den juristischen Personen:

Die Eintragung der Personengesellschaften in das Handelsregister hat nur deklarative Bedeutung, daher erlöschen die gesellschaftlichen Beziehungen erst nach Beendigung der Liquidation und nicht schon mit der Löschung des Eintrages. — Bei der Bestimmung der Nationalität der Personengesellschaften wird gelegentlich auf diejenige der Mitglieder, nicht auf den Sitz der Gesellschaft abgestellt. — Im Rahmen von 573,3 O. R. ist eine Kompensation innerhalb der K. G., von 605—607 und 614,1 bei der Kom. G. möglich. — Fraudulöse Handlungen eines Gesellschafters können die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft ohne vorgängige Betreibung zur Folge haben. — Im Prozesse werden Zeugenaussagen von Mitgliedern nicht zugelassen. — Ein von der Gesellschaft geführter Prozess setzt sich nach ihrer Auflösung mit den ehemaligen Gesellschaftern als Klägern fort. — Ein gegen eine bereits aufgelöste Personengesellschaft angestrengter Prozess wird gegen die ehemaligen Mitglieder persönlich geführt. — Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil hat Rechtskraft gegen die Mitglieder.

Anderseits zeigen folgende Erscheinungen eine Anpassung der Personengesellschaften an die juristische Person:

Die Einbringung eines Grundstückes berechtigt den einbringenden Gesellschafter zur Ausübung eines Vorkaufsrechts. — Die Personengesellschaften haften für Delikte ihrer Vertretungsbefugten innerhalb des Geschäftsbereiches. — Ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil ist gegen die Mitglieder nicht ohne weiteres vollstreckbar, da es persönliche Einreden derselben nicht ausschliesst. — Die Personengesellschaften geniessen z. T. spezifische Persönlichkeitsrechte; so können sie z. B. die Ehrverletzungsklage erheben. — Der Fiskus betrachtet sie bei Bedarf als vollwertige juristische Personen, so im Falle der Einbringung von Vermögensteilen in die Gesellschaft, bei der Uebertragung von solchen an die Mitglieder im Liquidationsfalle und vor allem zwecks gleichzeitiger Besteuerung von Gesellschaft und Mitgliedern. Insbesondere letzteres ist für den praktischen Gehalt der Gesamthandlehre bezeichnend. — Wie diese Beispiel zeigen und auch Buchda[30] hervorhebt, ist also Klarheit über den Gesamthandbegriff zur Lösung praktischer Aufgaben nötig: die Gerichte bedürfen leitender Grundsätze, welche die Dogmatik zu entwickeln habe; solange man aber nicht wisse, was Gesamthand ist, komme die Dogmatik der Bruchteilsgemeinschaften nicht zur Ruhe.

Ergebnis:

In diesem Abschnitte ist versucht worden, zu zeigen, dass die der schweizerischen Praxis bezüglich der Personengesellschaften zugrundegelegte Gesamthandtheorie, die, ihrer Methode nach, dem Begriffe der theoretischen Rechtswissenschaft nicht gerecht wird, in ihrer praktischen Anwendung fragliche Resultate zeitigt. Sie bewirkt eine nennenswerte Andersbehandlung der K. G. und Kom. G. gegenüber den Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, die nur zum geringen Teile praktischen Bedürfnissen entspricht, dagegen vielfach unerwünschte Wirkung hat. Gleichzeitig trifft sie die Verantwortung für eine weitgehende Verwirrung und nicht zu unterschätzende Unsicherheit in der rechtlichen Behandlung der Personengesellschaften. Es hat sich gezeigt, dass die Praxis in den meisten und wesentlichsten Hinsichten die Personengesellschaften faktisch den juristischen Personen gleichstellt: diese Feststellung ist deshalb für die Theorie von entscheidender Be-

[30] G. Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre. 1936. S. 6.

deutung, weil sie auf die Richtung weist, in welcher diese sich ihrem einzigen Ziele, der Erkenntnis des absolut richtigen Rechts, nähern kann. Denn die Macht, welche die Praxis von der Gefolgschaft zu einer unrichtigen Theorie abdrängt und unfehlbar in die richtigen Bahnen führt, ist die Idee des Rechts selbst, deren Verwirklichung alle Rechtstheorie anstrebt. Um aber durch die Verfolgung der ethisch begründeten Rechtsidee zu absolut richtigem Rechte zu gelangen, muss man Recht schaffen, das zugleich dem Begriffe des Rechts im Sinne Stammlers entspricht, d. h. logisch korrektes Recht anstreben. Wenn daher die Praxis des Rechtsverkehrs und das Rechtsgefühl des Richters, welche die Rechtsidee der jeweiligen Gemeinschaft verkörpern, die Rechtssubjektivität der Personengesellschaften sanktionieren, ja postulieren, so kann, und dies sei schon hier als die Richtlinie für das Folgende festgehalten, a priori die Berufung des Rechtstheoretikers nur darin bestehen, die Schaffung richtigen Rechts durch die Einkleidung der Idee der Rechtssubjektivität der Personengesellschaften in ein logisches System anzustreben.

3. ABSCHNITT

Das Problem der juristischen Persönlichkeit

I. Die Problemstellung

Nicht mit Unrecht bezeichnet E. Ruck[31] den heutigen Stand von Welthandel und Weltwirtschaft als chaotisch und dementsprechend sieht er die Aufgabe des handels- und völkerrechtlich denkenden Juristen in der Gestaltung einer sinnvollen Rechtsordnung, deren Voraussetzungen Klarheit und Bestimmtheit des rechtlichen Denkens sein müssten. Die geistige Zerfahrenheit der Zeit habe auch die Rechtswissenschaft erfasst und sei die Ursache der Unsicherheit in der Lösung grundlegender Fragen.[32]

Die durch die Unsicherheit ihrer Grundlagen bedingte bedenkliche Lage der heutigen Rechtswissenschaft dürfte allerdings we-

---

[31] E. Ruck, Staatliches und überstaatliches Handelsrecht, Festschrift Carl Wieland. 1934.

[32] Vergl. die radikale Kritik der heutigen Rechtstheorie durch Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Bd. I, 1932.

niger die Folge, als die Ursache der Zerfahrenheit unserer Zeit. wenigstens auf rechtlichem Gebiete, darstellen, während die eigentliche Verantwortung für diese beiden korrelativen Erscheinungen tatsächlich den Positivismus und Empirismus trifft, die bis zur Jahrhundertwende die Rechtswissenschaft beherrschten. Die heutige Rechtsphilosophie ist dagegen im Begriffe, das Recht idealistisch und im Sinne Kant'scher Erkenntnistheorie neu zu unterbauen. Diese Wandlung, für welche die Schriften der Kelsen, Stammler, Burckhardt, Binder u. a. Zeugnis ablegen, setzte zu einem Zeitpunkte ein, da die Entwicklung der Rechtsphilosophie nachgerade an einem toten Punkte angelangt zu sein schien.[33] Bezeichnend für die Lage der Rechtswissenschaft zu Beginn unseres Jahrhunderts sind die Ausführungen Nelsons, der in ebenso scharfsinniger wie radikaler Kritik die Unhaltbarkeit der rechtstheoretischen Systeme der Zeit darzulegen unternommen hat und sich veranlasst sah, die Rechtswissenschaft als «frivole Advokatenkunst» zu qualifizieren.[34] Seine Forderung nach einer Rückkehr zu einer ehrlichen Metaphysik des Rechts, d. h. zu einer auf der Kritik der praktischen Vernunft begründeten Rechtslehre[35] hat sich inzwischen teilweise erfüllt und dies lässt heute die Grundfragen des Rechts bereits in einem klareren Lichte erscheinen.

Eine solche Frage und eine der bedeutsamsten des heutigen Rechts überhaupt, ist die nach dem Wesen der juristischen Persönlichkeit und der prinzipiellen Qualifizierung ihres Substrates. Von ihrer richtigen Beantwortung durch die Theorie wird es abhängen, ob die zukünftige Praxis dieses Institut in sinnvoller Weise zu handhaben wissen wird. Denn Theorie und Praxis jeder Wissenschaft müssen als verschiedene Aspekte derselben Substanz inhaltlich identisch sein. Der richtigen Theorie kann nur eine richtige Praxis entsprechen und dieser muss umgekehrt eine richtige Theorie zugrundeliegen. Auf der Suche nach dem richtigen Recht hat nun der Theoretiker zwei massgebende Erscheinungen zu berücksichtigen. Einmal darf er nicht vergessen, dass die schöpferische Rechtswissenschaft nicht eine Wissenschaft von Tatsachen, sondern von Postulaten ist: sie erstrebt nicht die Erkenntnis von Tatsachen der Aussenwelt, sondern die Regelung des menschlichen

[33] Vergl. R. Stammler, Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. 1925.
[34] L. Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht. 1917. S. 229.
[35] a. a. O., S. 235.

Verhaltens mit Bezug auf diese. Die Welt der Tatsachen ist für die Rechtswissenschaft nicht Inhalt, Substanz, sondern Medium und kann daher für die Gewinnung von Rechtsgrundsätzen nur indirekt, d. h. nur insoferne von Bedeutung sein, als sie die Voraussetzungen für das zu regelnde menschliche Verhalten schafft. Hiervon wird gleich die Rede sein, wenn in Anschluss an die methodische Frage nach der Gestaltung des normativen Inhalts des Rechts die sachliche Frage nach dem Gegenstande seiner Regelung sich ergeben wird. Wenn man also von ihren materiellen Voraussetzungen absieht und die Rechtswissenschaft abstrakt betrachtet, so erkennt man als einzige mögliche authentische Quelle für ihren normenmässigen Gehalt die Postulate des menschlichen Geistes, dessen Kind sie ja ist. Ihre Richtigkeit kommt also nicht, wie bei anderen Wissenschaften, darin zum Ausdruck, dass sie in Theorie und Praxis einer bestehenden Wahrheit entspricht, sondern darin, dass sie ihrerseits Wahrheit schafft, indem sie mit den Postulaten der Ethik und Logik übereinstimmt. Diese Uebereinstimmung wird gewährleistet durch die Verwirklichung des obersten Prinzips der Rechtsidee, welche somit den generellen absoluten Masstab allen Rechts darstellt, soweit sein ethischer Inhalt in Frage steht. Das korrelative Kriterium für die logische Richtigkeit des Rechts ist aber die Verwirklichung des Rechtsbegriffs, und nur die ethisch wie logisch korrekte Rechtsschöpfung kann daher absolut richtiges Recht erzielen.[36] Wenn nun nach der Methode des Rechts die Theorie für die Entstehung des richtigen Rechts zu sorgen hat, so bedeutet dies nichts anderes, als dass die absolute Richtigkeit der Rechtssubstanz primär in ihrer theoretischen Erscheinungsform zu begründen sei, indem diese direkt nach Idee und Begriff des Rechts gestaltet wird. Diese Ueberlegung rechtfertigt die Aufstellung des Postulates, die richtige Theorie über die Rechtsnatur der Personengesellschaften müsse, auf Grund der Betrachtungen der vorangehenden Abschnitte, erstens die Begründung eines einheitlichen Prinzips aller Handelsgesellschaften ergeben; und zweitens müsse dieses Prinzip dasjenige der selbständigen Rechtssubjektivität sein. Wieland, der stets den wirtschaftlichen Gesichtspunkt im Rechte aufrechtzuerhalten bestrebt war, hat zwar angedeutet, dass die ganze Stufenfolge gesellschaftlicher Gebilde eigentlich nichts an-

[36] Vergl. R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1923. S. 1 ff.

deres als die Abwandlung gleichartiger Grundformen darstelle. Die Frage nach dem sie beherrschenden Prinzip und dessen rechtstheoretischer Erfassung im Sinne der erwähnten Postulate steht jedoch noch offen und bildet die Problematik der Verbandspersönlichkeit überhaupt.

Der Jurist, der sich an die Betrachtung solcher Probleme heranmacht, darf nun aber anderseits auch nicht übersehen, dass alles Recht und insbesondere das Gesellschaftsrecht nur die äussere Form der materiellen Sozialwirtschaft im Sinne Stammlers ist. Daher kann die Rechtswissenschaft bei der Schöpfung des Rechts nicht unabhängig vorgehen und materielles Recht mit Bezug auf ein ideales Regelungsobjekt schaffen. Sie hat vielmehr das richtige Recht mit Hinblick auf eine konkrete Wirklichkeit und auf der Grundlage von deren Gegebenheiten zu gestalten, wobei gewisse Formen und Erscheinungen der Sozialwirtschaft als primäre Realitäten zu betrachten sind und daher bei ihrer äusseren Regelung in ihrer Substanz berücksichtigt werden müssen. Dazu ist es notwendig, die Sozialwirtschaft und ihre Einzelerscheinungen zunächst auf ihre materiellen Voraussetzungen und Grundlagen zu prüfen, um dann die so gewonnenen Erkenntnisse ihrer rechtlichen Regelung zugrundelegen zu können. Diese Aufgabe werden im Bereiche des Gesellschaftsrechts vornehmlich soziologische Betrachtungen zu erfüllen haben, während die rechtliche Verwertung ihrer Ergebnisse, wie derjenigen aller einschlägigen Sonderdisziplinen, sowie ihre Ueberführung zu normativen Prinzipien der Rechtsphilosophie obliegt. Soziologie und Rechtsphilosophie haben hier also die Grundlagen zu schaffen, auf denen erst der Versuch der Rechtstheorie einsetzen kann, nach der Methode des Rechts richtiges Rechts zu schaffen.

Dem muss jedoch zunächst ein Ueberblick über die Geschichte des Problems von der Natur der Personengesellschaften und der juristischen Persönlichkeit sowie über die in der Literatur diesbezüglich vertretenen Ansichten vorausgeschickt werden.

II. Die Rechtsnatur der Personengesellschaften in Geschichte und Literatur

1. Geschichtliches.

Der Streit um das Wesen, die rechtliche Natur, der Personenverbände geht bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zurück. In jener

Zeit stützten sich die herrschende Lehre und die Gesetzgebung noch auf die römisch-rechtlichen Grundsätze der Sozietät, während der Einfluss freiheitlicher Tendenzen allmählich zu grösserer Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des Verkehrs zu führen begann. So hielten noch das allgemeine preussische Landrecht von 1794 sowie der französische code de commerce an der Sozietätstheorie fest und das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch von Bluntschli aus dem Jahre 1855 ist es, welches erstmals die Auffassung der Handelsgesellschaften als selbständige Genossenschaften mit der Stellung von juristischen Personen aufweist.[37] Als um die Mitte des 19. Jahrhunderts das Bedürfnis nach einer selbständigen Kodifikation des Handelsrechts in den meisten Ländern zu einer Periode der Gesetzesentwürfe führte, waren die Ansichten in der Theorie bereits so geteilt, dass die Gesetzgeber bei der Behandlung der Handelsgesellschaften der Frage nach ihrer Rechtsnatur Rechnung tragen mussten. In Frankreich hatten Theorie und Praxis die verkehrshinderliche Subsumierung der Handelsgesellschaften unter die römisch-rechtliche societas bereits aufgegeben, als in Anlehnung daran der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten die Persönlichkeit sämtlicher Handelsgesellschaften anerkannte. Als die 1856 gebildete Kommission für den Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches sich nicht zwischen der vom Begründer der Personifikationstheorie, Gelpcke, vertretenen Auffassung und der entgegengesetzten Goldschmidts entscheiden konnte, entschloss man sich, die Entscheidung der Theorie zu überlassen, worauf in der Literatur ein heute noch nicht restlos entschiedener Streit entbrannte. In Anlehnung an diese Entwicklung nahm in der Schweiz[38] Munzinger in seinem Entwurfe zum Handelsrecht von 1862 eine Mittelstellung zwischen den streitigen Theorien ein, welche in Verbindung mit den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches die Grundlage zum handelsrechtlichen Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches wurde. Während sich bezüglich der Kapitalgesellschaften bald die Auffassung ihrer juristischen Persönlichkeit durchzusetzen vermochte, wurden die Personengesellschaften, namentlich die Kol-

---

[37] Vergl. über die Geschichte der Streitfrage: S. Hartmann, Die Persönlichkeit der KG. 1895.

[38] Vergl. H. Kobelt, Die Entwicklung der Handelsgesellschaften und ihres Rechts in der Schweiz. 1916.

lektivgesellschaft, zum Gegenstande eingehender Untersuchungen, deren mannigfaltige Ergebnisse im Folgenden festgehalten sind. Da als reine Personengesellschaften des Handelsrechts nur die K. G. und Kom. G. in Betracht kommen, und da die letztere prinzipiell der praktisch bedeutsameren K. G. gleichzustellen ist, kann in Hinkunft die Betrachtung der Personengesellschaften auf die K. G. beschränkt werden.

2. Ueberblick der Theorien über die Rechtsnatur der K. G.

A. Sozietätstheorie und Theorie der juristischen Persönlichkeit.

a) Wesen der beiden Theorien. Die sich bekämpfenden Vertreter dieser beiden Theorien und die von ihnen geltendgemachten Gesichtspunkte sind so zahlreich, dass sie im Folgenden der Uebersichtlichkeit halber nach bestimmten, von den wichtigsten Autoren herangezogenen Merkmalen geordnet werden mussten. Die gesonderte Betrachtung der wesentlichen Punkte, auf die jeweils abgestellt wird und die für den Verlauf der ganzen Streitfrage charakteristisch sind, ist geeignet, deren Gehalt und dogmatischen Wert zu beleuchten; den Argumenten der einen sind dabei stets diejenigen der gegensätzlichen Theorie mit Bezug auf dasselbe typische Merkmal gegenübergestellt. — Was die Sozietätstheorie im allgemeinen anbelangt, so bezeichnet Laband[39] die Sozietät als ein vertragsmässig begründetes Rechtsverhältnis, welches gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen mehreren Rechtssubjekten begründet. Der einzelne Gesellschafter erscheint danach als Träger von Vermögensrechten gegenüber Dritten wie gegen die übrigen Mitglieder, mit denen er durch einen Komplex von Rechtsbeziehungen verbunden ist. — Zur Theorie von der juristischen Persönlichkeit der K. G. muss bemerkt werden, dass dieser Begriff aus dem römischen Rechte stammt, aus dem er sich fast unverändert erhalten hat, und zu Beginn des 19. Jahrhunderts von Savigny neuerdings ergründet und festgelegt wurde. Die juristische Person entsteht nach ihm dadurch, dass der Staat auf Grund seiner Souveränität ein Rechtssubjekt schafft, indem er ein rechtliches Gebilde ausdrücklich als solche anerkennt oder ihm die notwendigen Eigenschaften normativ verleiht. Da nach schweizerischem Recht den

[39] P. Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. ZHR 30, 31.

Personengesellschaften grosse Selbständigkeit zukommt, werden sie von einheimischen Autoren vielfach als juristische Personen konstruiert (Affolter, Kohler, Haberstich, Rossel, Vogt, u. a.).

b) Die Gesichtspunkte der beidseitigen Argumentation.

aa) Die Persönlichkeit der Gesellschafter. Als Vertreter der Sozietätstheorie will Auerbach[40] in der K. G. kein selbständiges Rechtssubjekt erblicken, weil nach ihm der Schwerpunkt dieses Gebildes in der Person der Mitglieder liegt; diese erscheinen als Träger eigener Rechte und Pflichten und nicht bloss als Garanten derjenigen der Gesellschaft. Es fehlt also an einem selbständigen Subjekte als Voraussetzung für die Verleihung der Persönlichkeit. Auch Hartmann[41] sieht in den einzelnen Gesellschaftern die wahren Subjekte der Rechte und Pflichten der Gesellschaft: das ganze Gesellschaftsverhältnis sei auf der Persönlichkeit der Mitglieder begründet; wenn die K. G. eine juristische Person wäre, müssten die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger auf ein selbständiges Sondervermögen beschränkt bleiben. Sowie dagegen die einzelnen Mitglieder als solche belangt werden können, werde die Annahme der juristischen Persönlichkeit unmöglich, denn dies beweise, dass die Gesellschaft nichts von ihren Mitgliedern Verschiedenes, sondern mit ihnen identisch sei und die Absonderung eines Geschäftsvermögens nur praktische Bedeutung, aber keine rechtliche habe. Dies gelte sowohl im Falle primärer, direkter Haftung der Mitglieder (Deutschland), wie bei nur subsidiärer Belangbarkeit derselben (Schweiz). Nach Ihering sind die Mitglieder die wirklichen Rechtssubjekte innerhalb der Verbandseinheit, weil sich die Rechte derselben an ihnen verwirklichen.

Zugunsten der Persönlichkeit der K. G. erwähnt dagegen Hartmann die Möglichkeit des rechtlichen Verkehrs zwischen Gesellschaft und Mitgliedern; ein weiteres Indiz gegen die Vertragstheorie bilde die Tatsache, dass die Auflösung der Gesellschaft bei Wegfall eines Mitgliedes nur dispositiv vorgesehen sei und die Fortsetzung der K. G. mit den Erben resp. unter den übrigen Mitgliedern vereinbart werden könne.

bb) Das Gesellschaftsvermögen. Die ausschliessliche Verwen-

---

[40] W. Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und ökonomischer Hinsicht... 1861.

[41] S. Hartmann, Die Persönlichkeit der KG. — Diss. Bern, 1895.

dung des Gesellschaftsvermögens zu Geschäftszwecken sowie di Beschränkung der diesbezüglichen Dispositionsbefugnisse der Ein zelnen sind für Auerbach aus der Sozietätstheorie heraus erklärba und daher kein Hinweis auf eine selbständige Persönlichkeit de K. G. Es handle sich eben um die vertragsmässige Ueberlassung von Vermögensteilen der Mitglieder an die Gesellschaft. Heusler[42] weist die Personifikation der K. G. zurück, weil ihr Vermögen von demjenigen der Mitglieder nicht derartig getrennt sei, dass sie zu dessen selbständiger Eigentümerin und zum Rechtssubjekte werde; das Eigentum bleibe vielmehr das der Gesellschafter. Das Vermögen der wahren juristischen Person sei dagegen von den Mitgliedern unabhängig, denn nur die völlige Trennung des Verbandsvermögens von den Privatvermögen der Mitglieder mache eine Personenvereinigung zur juristischen Person. Die Verbindung des Vermögens der K. G. mit ihren Mitgliedern sei aber auch daraus ersichtlich, dass bei der Beerbung durch eine K. G. die Erbschaftssteuer sich nach dem Verwandtschaftsgrade der Mitglieder richte. Auch Laband sieht in dem Gesellschaftsvermögen nur einen zweckgebundenen Teil der mitgliederlichen Einzelvermögen, an welchem diese Miteigentum haben. Die Absonderung eines Vermögenskomplexes an und für sich erscheint ihm daher für die Rechtsnatur der K. G. unwesentlich; entscheidend sei vielmehr ihre vermögensrechtliche Gestaltung: die Personengesellschaften stellen nur einen Komplex von pekuniären Rechten und Pflichten der Mitglieder dar, während der für die Persönlichkeit entscheidende Punkt in der Fähigkeit besteht, Subjekt von Vermögensrechten zu sein. Der privatrechtliche Charakter der juristischen Person werde dadurch bestimmt, dass sie, im Gegensatze zur K. G., als solche selbständiges Vermögen haben könne, wobei insbesondere an das passive Vermögen zu denken sei. Aus der Tatsache, dass ihre Schulden selbständig, die der K. G. dagegen jene der Mitglieder sind, ergibt sich für Laband das Prinzip, nach welchem das Gesetz einer Gesellschaftsform die Persönlichkeit verleihen könne und müsse: wenn die Organisation der Gesellschaft den Umfag des Gesellschaftsvermögens und damit die Sicherheit der Gläubiger durch Festsetzung eines Grundkapitals, statutenmässige Regelung der Beitragspflicht u. a. m. gewährleistet und daher zum Schutze Dritter die Selbständig-

[42] A. Heusler, Zur Lehre von der juristischen Person. ZSR, Bd. 30, S. 365.

keit des Geschäftsvermögens nicht durch die persönliche Haftung der Mitglieder beeinträchtigt werden muss, so kann von einer juristischen Person gesprochen werden; ihr Merkmal ist also die Nichthaftung der Mitglieder für Gesellschaftsschulden.

Dagegen bezeichnet Hartmann die Anwendung der reinen Sozietätstheorie auf die K. G. in Anbetracht ihrer formalen Selbständigkeit und ihres zweckbestimmten Vermögens, über das ein selbständiger Konkurs geführt wird, als verfehlt.

cc) Die Firma. Nach Laband und Auerbach spricht auch das Vorhandensein einer Firma nicht für die selbständige Persönlichkeit der K. G., da es nur ein unwesentliches Merkmal sei. Renaud[43] betont zudem, es handle sich nicht um den eigenen Namen der Gesellschaft als solcher, sondern um eine Gesamtbezeichnung der Mitglieder.

Hartmann wiederum hält den eigenen Namen der K. G., unter dem sie Geschäfte abschliesst und sogar in das Grundbuch eingetragen werden kann, mit der Sozietätstheorie für unvereinbar. In der französischen Literatur wird der selbständige Name, unter dem eine Gesellschaft in den rechtlichen Verkehr tritt, meist als das eigentliche Merkmal der Persönlichkeit betrachtet, denn in ihm komme die Anerkennung ihrer Selbständigkeit durch den Staat zum Ausdrucke.

dd) Die Organisation. Renaud führt gegen die französische Auffassung der Persönlichkeit der K. G. an, ihre Mitgliederzahl sei im Gegensatz zu jener der juristischen Personen geschlossen, es fehle eine durchgreifende Organisation, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter beruhe lediglich auf Vertrag und unter der K. G. sei daher die Gesamtheit derselben zu verstehen. Hartmann sieht im Mangel einer körperschaftlichen Organisation einen der Hauptgründe für die Verneinung der Persönlichkeit der K. G. — Vielfach wird auch im Einstimmigkeitsprinzip ein Indiz für den Sozietätscharakter erblickt: die Vertretungsbefugnis der Mitglieder und das Fortbestehen der K. G. trotz Mitgliederwechsels sei nur durch die weitgehende Unterordnung der Privatinteressen der Einzelnen unter die Gesellschaftszwecke zu erklären, welche eine gewisse Erweiterung der Sozietät bedeute.

---

[43] A. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft. 1881.

Dagegen geht Salkowski[44] bei der Beurteilung der K. G. von der römisch-rechtlichen universitas als organisiertem Verbande aus, in welchem die Gesamtheit eine selbständige Persönlichkeit bildet, die aber keine Fiktion, sondern eine Kollektiveinheit darstelle. Er widersetzt sich der Savigny-Puchta'schen Theorie, wonach mit der Verleihung der Persönlichkeit die Sozietätsgrundsätze nach innen ein Ende nehmen und betont, die selbständige Persönlichkeit betreffe nur die Erscheinung der Gesellschaft nach aussen, während die inneren Verhältnisse davon unabhängig seien; somit sei jede Handelsgesellschaft eigentlich eine juristische Person, deren Selbständigkeit sich an ihrem rechtlich getrennten Geschäftsvermögen offenbare. Affolter[45] erwähnt zugunsten der Persönlichkeit der K. G: ihre organmässige Vertretung durch die Gesellschafter; ihre aktive und passive Prozessfähigkeit; ihren selbständigen Konkurs: die Unzulässigkeit von Kompensationen; die Möglichkeit rechtlicher Beziehungen zwischen der K. G. und Mitgliedern. Laband mildert die Bedenken gegen die Persönlichkeit der K. G. indem er feststellt, das Merkmal des unbestimmten und wechselnden Mitgliederbestandes sei für die juristische Person nicht begriffswesentlich und auch die körperschaftliche Organisation sei kein unentbehrliches Korrelat der Persönlichkeit.

ee) Die Haftung. Holtzendorff[46] hält die K. G. für eine aus Zweckmässigkeitsgründen modifizierte Sozietät; in diesem Sinne sei die Haftung der Gesellschafter mit dem Privatvermögen als organisatorische Erweiterung eines Vertragsverhältnisses zu verstehen. — Laband sieht das entscheidende Merkmal für die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften in der passiven Seite ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse, d. h. er erkennt die juristische Person an der Nichthaftung der Mitglieder für die Gesellschaftsschulden. Den strikten Gegensatz hierzu bilde die unbeschränkte Solidarhaftung der Kollektivgesellschafter, welche als die gesetzliche Folge ihres einheitlichen Auftretens nach aussen anzusehen sei. Die rechtliche Behandlung der Handelsgesellschaften ergebe sich also aus der Analyse ihres Vertragsverhältnisses und aus dessen Auslegung; es

---

[44] C. Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen. 1863.

[45] A. Affolter, Die rechtliche Natur der Offenen Handelsgesellschaft. Archiv Kohler, Bd. 5.

[46] F. v. Holtzendorff, Rechtslexikon, 1881. Bd. II.

handle sich überhaupt eher um verschiedene Haftungs- als Gesellschaftsformen.

Demgegenüber hält Affolter die Haftung der Gesellschafter nicht für mit der Persönlichkeit der K. G. unvereinbar, da sie nur indirekt, subsidiär sei. Auch Hartmann sieht in der unbeschränkten Haftung der Mitglieder kein Hindernis für die Persönlichkeit der Personengesellschaften, zumal die Genossenschaft beide Merkmale nebeneinander aufweise.

ff) Der Gesellschaftsvertrag. Wie ersichtlich, bewegt sich die bisher zur Darstellung gebrachte Argumentation im Wesentlichen innerhalb des durch die gesetzlichen Bestimmungen über die K. G. gesteckten Rahmens, ohne eine Unterscheidung zwischen deren begriffswesentlichen Merkmalen und den rein positivrechtlichen Besonderheiten ihrer Ausgestaltung zu kennen. Eine Lehre aber, die von Gegebenheiten des positiven Rechts ausgeht oder solche gar zur Beweisführung verwendet, entbehrt jedes absoluten Erkenntniswertes. Soweit daher die erwähnten Theorien zugunsten des Sozietäts- oder des Persönlichkeitscharakters der K. G. in diesen methodischen Fehler verfallen sind, können sie ohne weiteres abgelehnt werden. Dagegen verspricht das Abstellen auf den in seiner prinzipiellen Bedeutung vom positiven Recht unabhängigen Gesellschaftsvertrag, die Betrachtungen über das Wesen der K. G. erkenntnismässig wesentlich fruchtbringender zu gestalten.

Auf der Grundlage des Merkmals des Vertragsverhältnisses zwischen den Gesellschaftern hat vor allem W. Burckhardt[47] die Sozietätstheorie in einem Masse ausgebaut, das den Bereich sämtlicher Personenverbände überhaupt für sich beansprucht, so dass diese Lehre in ihrer allgemeineren Bedeutung später, nämlich im Zusammenhange mit dem Problem der Rechtssubjektivität der Personenverbände überhaupt, zu besprechen ist. Hier sei davon nur festgehalten, was auf die K. G. im besonderen Bezug nimmt.

Im Gegensatz zu den meisten bisher erwähnten Autoren fundiert B. seine Theorie auf logisch fortzuentwickelnden Grundsätzen elementaren Charakters und geht dabei von dem Satze aus, eine juristische Konstruktion müsse, um richtig zu sein, durch eine logisch richtige Methode gewonnen werden. Dies führt ihn dazu, jede gewagte Konstruktion und theoretische Künstelei zu vermeiden

[47] W. Burckhardt, Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen Recht. Diss. Bern, 1896.

und sich ausschliesslich auf die Betrachtung des Gesellschaftsvertrages und seiner Auswirkungen zu beschränken, wobei er sich zunächst der einfachen Gesellschaft zuwendet und zu folgenden Ueberlegungen gelangt.

Das Aufgehen der E. G. in einem Vertragsverhältnisse ist unbestritten; sie wirkt nur unter den Beteiligten, besteht nach aussen nicht. Immerhin begeben sich durch den teilweise bedingten Verzicht auf das natürliche Recht, nur durch eigenen Willen gebunden zu werden, die Gesellschafter gewisser Rechte. Dies beeinträchtigt die Vertragsnatur der E. G. jedoch nicht, sondern ist, ebenso wie eine etwaige innere Organisation, die nach aussen nicht hervortritt, lediglich eine Auswirkung des Gesellschaftsvertrages. Mit Laband unterstellt daher auch Burckhardt jede wie immer geartete innere Organisation der Gesellschaften dem Bereiche der freien Verfügung der Mitglieder bei gleichzeitiger Negierung ihrer Bedeutung für die juristische Persönlichkeit. In diesem Sinne besteht auch die K. G. in einem Vertrage zwischen den Mitgliedern, mit dessen Ausgestaltung das Rechtsverhältnis sich jedoch fortentwikkelt. Damit dieser Vertrag Geltung auch gegen Dritte erlange, muss er diesen zur Kenntnis gebracht werden, was durch Eintragung der K. G. resp. durch Eröffnung des Geschäftsbetriebes geschieht. Wie das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, so bleibt aber auch dasjenige derselben zu Dritten aus individuellen Rechtsverhältnissen zusammengesetzt: dies wird von den Anhängern der Sozietätstheorie bis in die Einzelheiten nachzuweisen versucht. Dabei ergeben sich aber schon bezüglich der Stellung der vertretungsbefugten Gesellschafter Schwierigkeiten, welche das ausschliessliche Festhalten an der Darstellung der rechtlichen Beziehungen der K. G. als blosse Rechtsverhältnisse der Mitglieder bedenklich erscheinen lassen. Nach dieser Lehre ist nämlich die Rechtsstellung der Vertretungsbefugten als ein dem Mandate mit Vollmacht ähnliches Verhältnis zu verstehen, das aber u. a. die Eigentümlichkeit aufweise, dass jeder Gesellschafter Vertreter der übrigen und zugleich seiner selbst sei, wobei der Umfang der Vertretungsbefugnis gesetzlich festgelegt und diese selbst nicht frei widerruflich ist. Aehnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Betrachtung des Eigentums der K. G.: die Mitglieder sind weder eigentliche Eigentümer, noch Miteigentümer, sondern Eigentümer «auf besondere Art und Weise» nach dem Prinzip der gesamten Hand, welche den Einfluss

einer Verbundenheit mehrerer Personen auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft darstellt. Als Logiker gerät B. jedoch sogleich in Gegensatz zur Gesamthandlehre: das Eigentum an einer Sache bedarf als selbständiges Recht eines Rechtssubjekts, denn sein wesentliches Merkmal ist die alleinige Nutzungs- und Dispositionsbefugnis seines Inhabers. Wenn nun die einzelnen Gesellschafter Eigentümer und Rechtssubjekte sind, nach der Gesamthandlehre aber nur die Gesamtheit als solche die genannten Befugnisse ausüben darf, ohne jedoch dabei zu einem neuen Rechtssubjekte zu werden, so muss eine unerklärliche Verfügung über fremdes Vermögen von Seiten dieser Gesamtheit vorliegen.[48] B. konstruiert daher das Eigentum der Gesellschafter als ein von der Bindung der Miteigentümer durch ein obligatorisches Band modifiziertes Miteigentum, das bei der E. G. nur die Gesellschafter bindet und keine dingliche Wirkung hat, sich aber nach der Erzeugung der Wirkung gegen Dritte in ein Gesamteigentum verwandelt, das jedermann bindet. Die positive Rechtskraft der Eintragung resp. der Bekanntmachung der Modifikationen des Miteigentums begründet deren dingliche Wirkung. In analoger Weise stellt B. sämtliche Rechte, deren die K. G. fähig ist, als Gesamtrechte dar und nach demselben Prinzip konstruiert er ihre Verbindlichkeiten als Gesamtschulden. Indem auf diese Weise das Aussenverhältnis der K. G. auf innere Vertragswirkungen zurückgeführt wird, gelingt es zwar, die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten unter Verzicht auf das Hilfsmittel der juristischen Persönlichkeit zu konstruieren; allein, diese Theorie vermag gewissen Erscheinungen des gesellschaftlichen Innenlebens nicht gerecht zu werden und kann daher auch nicht befriedigen. Müssten doch danach in den Rechtsverhältnissen zwischen der K. G. und den Mitgliedern als solchen diese zugleich als Gläubiger und Gesamtschuldner resp. als Schuldner und Gesamtgläubiger betrachtet werden. Nichtsdestoweniger führt B. auch sämtliche Rechtsverhältnisse der Kom. G. zu ihren Mitgliedern wie zu Dritten auf Rechtsverhältnisse zwischen physischen Personen zurück. So hafte der Kommanditär, wenn auch der Gesellschaftsvertrag durch das Prinzip der beschränkten Haftung für ihn modifiziert erscheine, ebenfalls persönlich, und nicht etwa die Kom. G. oder die Kommanditsumme für ihn: Wo eine Sache

[48] W. Burckhardt, Diss. S. 23, Anm. 2.

hafte, hafte ihr Eigentümer.[49] Fraglich erscheint bei dieser Auffassung jedoch die zugrundegelegte Eigentümereigenschaft des Kommanditärs mit Bezug auf seinen Beitrag. — Trotz den verschiedenartigen Bedenken, die sich somit gegen die reine Vertragstheorie ergeben, erfreut sich diese namhafter Anhänger. So gelangt auch Guisan[49a] auf Grund rein doktrinärer Ueberlegungen und unbeschwert von Rücksicht auf die Stellungnahme des Gesetzes zu einer auf den Vertrag der Gesellschafter abstellenden Theorie. Er ist der Ansicht, es sei unangebracht, einem Gedankengebilde auf Grund einer Fiktion Rechte zuzuschreiben, an denen nur physische Personen Subjekte sein können. Daher müsse man aus der K. G. keine juristische Person machen wollen, sondern sie vielmehr dadurch erklären, dass man die Gesellschafter als die eigentlichen Rechtsträger betrachte. Dazu führen folgende Ueberlegungen Guisans: Das rechtliche Gebilde der K. G. hängt so intensiv vom Schicksal der Gesellschafter ab, dass es sich nicht als ein zwischen diese und die Aussenwelt eingeschaltetes, fingiertes künstliches Wesen auffassen lässt. Die Fiktion, mit der lediglich die positiven Normen einer Institution unter eine Formel zusammengefasst werden, ohne dass ihre Rechtsnatur dabei eine Abklärung erfährt, ist ohnehin für eine Gesellschaftstheorie unbrauchbar, da sie nie etwas zu erklären vermag. Nach ihrer Verdrängung erweisen sich die Gesellschafter als die wahren Rechtssubjekte, daher kann einzig die genaue Untersuchung der Rechtsverhältnisse derselben als Individuen eine brauchbare Erklärung der Personengesellschaften ergeben. In diesem Sinne ist auch die Theorie der relativen Persönlichkeit unbefriedigend, da das Wort relativ dabei nur ausdrückt, dass die betreffende Fiktion nicht die gleichen Rechtsbeziehungen zusammenfasse, wie jene der reinen juristischen Person. Das nach innen unter Gesamteigentum der Mitglieder stehende Gesellschaftsvermögen kann nicht nach aussen als Eigentum einer Fiktion dargestellt werden; ebenso lässt sich aus der K. G. nicht unter Wahrung der rechtlichen Individualität der Mitglieder ein selbständiges Rechtssubjekt machen. Für Guisan ist somit auch das Gesamthandprinzip eine wirre Sache: die Vereinigung des «Einheits-» mit dem «Vielheitsprinzipe» lässt bald die Gesellschaft, bald ihre Mitglieder

---

[49] a. a. O., S. 55.

[49a] F. Guisan, La notion de «Gesamte Hand» ou de conjonction appliquée à la société en nom collectif. Diss. Lausanne 1905.

als Rechtssubjekt erscheinen, während die Tatsache, dass je nach Bedarf die Einheit oder Vielheit geltend gemacht werden kann, die Umrisse dieser Konstruktion verwische und ihre Kritik erschwere. Er sucht daher die Lösung in der Untersuchung des Gesellschaftsvertrages und gelangt zu der Einsicht, dass die sogenannte Aussenseite der K. G. nichts anderes als die Wirkung desselben gegen Dritte darstelle. Seine théorie de la conjonction bedeutet somit in ihrer Anwendung auf die K. G. eine weitgehende Annäherung an die Lehre Labands und unterscheidet sich auch von der besprochenen Theorie Burckhardts faktisch nur durch eine teilweise verschiedene Auslegung des Gesellschaftsvertrages, auf die hier nicht einzugehen ist. Ihre Quintessenz lautet: die K. G. ist ein Vertrag, der unter Wahrung der vollen Rechtssubjektivität der Gesellschafter diese zu gewissen Leistungen sowie zur zweckgebundenen Verwendung des Gesellschaftsvermögens verpflichtet; er bewirkt die grundlegende Veränderung der Rechtsbeziehungen der Einzelnen in Gesamtbeziehungen und damit einen Rechtszustand, der auch Dritten gegenüber Geltung behält.

Was schliesslich die auf den Gesellschaftsvertrag abstellende Gegenargumentation der Verfechter der juristischen Persönlichkeit der K. G. anbelangt, so geht sie im wesentlichen dahin, dass zwar das Individuum allein Subjekt von Rechten und Pflichten sein könne, dass aber der Verkehr die Rechtsfähigkeit der vertraglich begründeten Verbände erfordere, so dass diese auf dem Wege der Fiktion herzustellen sei. Für die Fiktionstheorie ist aber auf die späteren Ausführungen betr. die Personenverbände im allgemeinen zu verweisen.

B. Vermittelnde Theorien.

Die offensichtliche Unzulänglichkeit der für die beiden antagonistischen Theorien des Sozietätscharakters und der juristischen Persönlichkeit der Personengesellschaften ins Treffen geführten Argumente hat einer Reihe von Theorien gerufen, die einen Mittelweg zwischen diesen extremen Auffassungen einzuhalten bestrebt sind. Unter diesen ist an erster Stelle die in ihrer modernen Anwendung bereits kennengelernte Gesamthandtheorie zu erwähnen.

a) Die Gesamthandtheorie. Der Ausdruck der Gesamthand stammt aus dem deutschen Mittelalter und bezeichnete damals eine äussere Form, unter der Mehrere ihren Willen kundgaben

gegenüber Dritten als Einheit zu erscheinen.[50] Da sämtliche Institute, welche das rechtswirksame Auftreten einer Personenverbindung ermöglichten, ursprünglich als verschiedene Gestaltungsformen der Gesamthand aufgefasst wurden, ist es nicht verwunderlich, dass sich schon frühzeitig eine spezifische Gesamthandlehre entwickelte. Buchda, der dieser Lehre eine umfassende Studie gewidmet hat,[51] versteht darunter alle Bemühungen der deutschen Rechtswissenschaft um die systematische und dogmatische Erkenntnis der Gesamthandgebilde. In Ermangelung einer zusammenhängenden Geschichte der Gesamthandlehre unternimmt dieser Autor ihre Darstellung vom Beginn, den er mit etwa 1325 ansetzt, bis zur Gegenwart. Dabei rollt sich vor ihm das Gesamthandproblem in seiner ganzen Tragweite auf, so dass er zu der folgenden, ausnehmend klaren Auffassung desselben gelangt: es gelte, entweder einen Begriff zu finden, der sich von den bekannten, eindeutig festgelegten Kollektivbegriffen (deutsche Genossenschaft, römische societas, juristische Person etc.) nachgewiesenermassen unterscheidet; oder zu beweisen, dass neben diesen Begriffen aus logischen Gründen kein neuer besonderer Begriff als «spezifischer Gesamthandbegriff» möglich sei.[52] So geht denn B., nachdem er im ersten, geschichtlichen Teil bemüht war, das Nacheinander der Dogmen zu zeigen und verständlich zu machen, in einem zweiten Teil seiner Studie zur Kritik der dargestellten Gesamthandlehre über. In dieser ist er bestrebt, den — auch in der vorliegenden Arbeit negierten — Dualismus zwischen der Personeneinheit der Gesamthänder und der höheren ideellen Einheit der juristischen Person zu überwinden, indem er, in Anlehnung an C. Hasse's Theorie der «mystischen Person» auch der Gesamthand den Charakter einer subjektiven Einheit zuerkennt. Er sucht darzulegen, dass die Einheit der Gesamthänder keine andere ist, als die Einheit einer im Besitze der juristischen Persönlichkeit befindlichen Menschenverbindung.[53] Wie noch gezeigt werden wird, ist B. hierin durchaus zuzustimmen, und die grundsätzliche Uebereinstimmung dieses Resultates seiner Untersuchung mit der hier

---

[50] A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885. S. 223.

[51] G. Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre. 1936.

[52] a. a. O., S. 5.

[53] a. a. O., S. 154.

vertretenen Auffassung von einem allgemeinen Prinzip der Verbandseinheit macht es notwendig, im folgenden kurz auf die Hauptgedanken einzugehen, die ihn zu dieser Betrachtungsweise geführt haben.

Den Plan zu seiner Kritik findet B. in der Tatsache, dass sich Gesamthandtheorien unterscheiden lassen, die von der Subjektseite und solche die von der Objektseite an das Problem herantreten.[54] Unter den ersteren versteht er jene Theorien, die eine Mehrheit von Subjekten als Personeneinheit auffassen und sie, ohne sie der Körperschaft vollkommen gleichzustellen, zum Subjekte eines einheitlichen subjektiven Rechts erheben. Von Gesamthandtheorien, die von der Objektseite ausgehen, spricht er dagegen bei jenen, die in Anbetracht der Vielheit der Berechtigten das subjektive Recht in irgendeiner Weise zerlegen, die Gesamthand also als eine Rechtsgemeinschaft mit Vielheitscharakter konstruieren. Mit der subjektiven Betrachtungsweise beginnend, setzt er zunächst die Gesamthand mit der Körperschaft in Vergleich und unterzieht die Merkmale, nach denen diese beiden Arten von Menschenverbindungen zueinander in Gegensatz gebracht werden, einer eingehenden Kritik. Was einmal die korporative Verfassung anbelange, so erlaube diese keine eindeutige Sonderung; sie bilde vielmehr nur eine von vielen Möglichkeiten jener Ordnung, deren sämtliche menschlichen Verbindungen bedürfen und enthalte daher keinen Gegensatz, sondern nur eine Entwicklung, Steigerung.[55] Auch die Gesamthandgemeinschaften seien irgendwie geordnet, organisiert, auch bei ihnen zeige sich bereits eine gewisse Aufgabenteilung, die eine einfache Form von Verfassung darstelle.[56] Ebensowenig, wie die körperschaftliche Organisation also zwischen Körperschaft und Gesamthand einen begrifflichen Einschnitt begründet, so wenig ist für B. das Merkmal des Gesamtwillens zu einer grundsätzlichen Unterscheidung geeignet. Auch die gesamthändig verbundene Personenmehrheit weise nämlich einen Gesamtwillen auf und es gebe daher auch diesbezüglich nur Grade und Stufen, aber keine Gegensätzlichkeit. B. erkennt in der Folge ganz richtig, dass jede menschliche Verbindung eine Anzahl von Merkmalen aufweist, die zum

---

[54] a. a. O., S. 225.

[55] a. a. O., S. 226 ff.

[56] «Gesamthand und körperliche Organisation sind Grade und Stufen der Organisation» (S. 266).

Vergleiche anregen oder Ordnungsprinzipien abzugeben geeign sind, deren Verwertung zur Bildung immer neuer Gruppen un Reihen führen müsste; dass es sich hierbei aber stets nur um ein Uebersichtlichmachung und Ordnung von Gegebenheiten handel kann, während die Suche nach dem von Gierke geforderten «scha fen begrifflichen Einschnitt» zwischen Gesamthand und Körper schaft, der beide Erscheinungen vollkommen erfasst, vergeblic bleiben muss.[57] Bei der kritischen Betrachtung von weiteren Theorien über die Natur der Gesamthand ergibt für B. weder ihre Konstruktion als «personenrechtliche Gemeinschaft» im Sinne Gierkes, noch ihre Auffassung als «Zwischenstufe» zwischen dem rechtsfähigen Menschen und der juristischen Person ein brauchbares Gesamthandprinzip. Erkenne man aber der Gesamthand die Rechtssubjektseigenschaft zu, so erweise sich die Beziehung zwischen ihr und dem subjektiven Rechte, oder: dessen Zuständigkeit a sie, als unzerlegbar. Der Gegensatz zwischen «Rechtsgemeinschaft» und juristischer Person dürfe daher nicht in einer geteilten Zuständigkeit der Rechte der ersteren gesucht werden: das Rechtssubjek sei Einheit und könne nur Einheit sein.[58] Da nun die Rechtsordnung allein in verbindlicher Weise die Rechtsfähigkeit verleih oder versage, habe die dogmatisch-systematische Rechtswissenschaft viel eher als die Rechtsphilosophie zu erkennen, wo ein Rechtssubjekt vorliegt. So ergibt sich denn auch bezüglich de Rechtssubjektivität für B. kein Unterschied zwischen Gesamthand und Körperschaft und er kommt daher zu dem Schlusse, dass de Dualismus, den die begriffliche Trennung der Gesamthand, al Zusammenfassung einer Vielheit, von der juristischen Person, al höherer ideeller Einheit und selbständiger Grösse, mit sich bringt nie begriffen werden könne, weil er mit der Logik unvereinba sei.[59] Vielmehr sei auch beim rechtsfähigen Verbande nicht eine höhere, von den Mitgliedern gelöste Einheit das Subjekt des Korporationsvermögens, sondern die Mitglieder selber als gedachte Einheit. Bei dieser Auffassung falle aber auch in diesem Punkte der viel betonte Unterschied zwischen Gesamthand und Korporation. Das Prinzip der juristischen Persönlichkeit schaffe keine andere Einheit, als sie in der Gesamthand vorliege: beides seien

[57] Vergleiche a. a. O., S. 235 ff.
[58] a. a. O., S. 252.
[59] a. a. O., S. 257 ff.

Prinzipien des rechtsgeschäftlichen Handelns, durch die eine Menschenverbindung rechtlich zur Einheit gemacht werde. — Nach Erlangung dieser Erkenntnis geht nun B. zur Betrachtung der Objektseite des Problems über und beschäftigt sich mit dem subjektiven Rechte als Relation und Objekt. Wegleitend ist dabei für ihn die Einsicht, dass das subjektive Recht zufolge seiner Identität und Konstanz dem Subjekte gegenüber eine Einheit bilde. Seine Aufteilung nach der Bruchteilstheorie sei unmöglich, da sämtliche im subjektiven Rechte enthaltenen Befugnisse von mehreren Rechtsträgern zugleich ausgeübt werden können müssten, was ausgeschlossen sei. «Mit Bruchteilsrechten ist also keine Rechtsgemeinschaft zu erklären.»[60] Das Problem der Rechtsgemeinschaft spitze sich somit auf die entscheidende Frage zu: kann das subjektive Recht mehreren Subjekteinheiten zustehen, ohne dass diese zusammen eine neue Einheit bilden —, oder muss diese Subjekteinheit zur juristischen Person zusammengefasst werden? Die Antwort B.'s auf diese Frage kann folgendermassen zusammengefasst werden: Das subjektive Recht lässt sich nur mit einer Einheit verbinden, folglich kann das Rechtssubjekt stets nur eine Einheit sein. Die Zerlegung des subjektiven Rechts in seine Bestandteile, d. h. in die von ihm enthaltenen Einzelbefugnisse, ermöglicht es aber, dasselbe nicht bloss mit einer, sondern mit mehreren Einheiten zugleich zu verbinden: «darin liegt die Möglichkeit der Rechtsgemeinschaft.»[61] Hierbei könne die Rechtsordnung die Beteiligung Mehrerer an der Ausübung eines Rechts bis ins Einzelne genau abstecken, oder aber in gewissem Umfange «einem freien Widerspiel Raum gewähren», wobei sich die Grenzen zwischen den Befugnissen der einzelnen Subjekte verlagern können. Die Einzelbefugnisse selber lassen sich aber in verschiedenster Weise verteilen und kombinieren: wie der Subjekts- so bereite auch der Objektsbegriff keine Schwierigkeiten. Abschliessend stellt B. fest, die Gesamthandgemeinschaften liessen sich also bis hinauf zu den Korporationen in zweifacher Weise bauen:

Zerlegung des subjektiven Rechts in seine Einzelbefugnisse unter besonderer Ordnung ihrer «Zuständigkeit»; oder: Auffassung der Mitberechtigten als einheitliches Subjekt für das ganze subjektive Recht, das ihnen somit als unzerlegte Objekteinheit ge-

[60] a. a. O., S. 288.
[61] a. a. O., S. 289.

samthaft zuständig ist. Im Gegensatze dieser beiden dogmatische Auffassungen liegt für B. das Geheimnis der deutschen Genossen schaft und ihres Gesamteigentums. Welcher der beiden man folge sei ohne praktische Bedeutung; vorzuziehen sei aber ihrer Einfachheit halber die letztere, bei der die Befugnisse der Beteiligten als obligatorische Auswirkungen ihrer Mitgliedschaft erscheinen.

Wenn auf die Lehren Buchdas in obiger Ausführlichkeit eingetreten wurde, so geschah dies mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung, welche der von ihm erreichten Ueberwindung des fast allgemein behaupteten Gegensatzes zwischen Gesamthand und Körperschaft beizumessen ist. Dagegen kann die seiner Arbeit zugrundeliegende Methode von der konstruktiven reinen Rechtstheorie nicht akzeptiert werden. Er entdeckt anhand einer historischen Untersuchung Unklarheiten und dogmatische Unzulänglichkeiten mit Bezug auf eine Bezeichnung, unter welche die Rechtstheorie seit langem schon gewisse Erscheinungen des Rechtslebens subsumiert, die sich der logisch-systematischen Erfassung zu entziehen scheinen. Er zeigt auch, dass die Gesamthand zu den logisch einwandfreien Begriffen der Jurisprudenz in unlöslichem Widerspruche steht. Statt nun aber zunächst die Vorfrage nach der eigentlichen Bedeutung, ja nach der Existenz überhaupt dieses Begriffes abzuklären, geht B daran, die Gegensätze zwischen den zur Diskussion stehenden Begriffen durch die Mittel der allgemeinen Rechtslehre, Interpretation, Kombination etc. zu überbrücken. Dabei verfällt er gerade in den entscheidenden Punkten in die für jede reine Theorie verderbliche Bezugnahme auf das positive Recht, und behilft sich in ausschlaggebender Weise mit der Berufung auf die Autorität der Rechtsordnung.

Die absolute Rechtstheorie wird dagegen in methodisch richtiger Weise bestrebt sein, vor dem Versuche der systematischen Einordnung des Gesamthandbegriffs zunächst zu prüfen, welche logische Bewandtnis es überhaupt mit ihm hat. Zu diesem Zwecke empfiehlt es sich, die Gesamthand zuerst in ihrer ursprünglichen Gestalt und primären Funktion zu betrachten. Der Genuss eines Rechts in dieser Form erschien für den Einzelnen nicht als Quote, als Bruchteil des Eigentums, sondern Alle hatten zusammen das volle Recht. Die gesamte Hand war also ein personenrechtliches Prinzip, welches in der Schaffung einer Verbundenheit zwischen Personen durch Verschmelzung von Teilen ihrer Individualsphären

beruhte und durch die rechtliche Zusammenfassung der Gesamthänder ein Kollektivrechtssubjekt entstehen liess. Dieses wurde dargestellt durch den sinnlichen Träger der Verbandseinheit, nämlich die konkrete Gesamtheit der Beteiligten; denn im alten deutschen Recht herrschte eine solche Verwebung von Einzel- und Gemeinleben, dass der Personsbegriff ursprünglich überhaupt fehlte.[62] Erst im späteren deutschen Mittelalter setzte diesbezüglich eine Sonderung ein und die Fortbildung des Verbandsrechts führte schliesslich zur Erhebung der Verbandseinheit zur selbständigen Person, wobei aber das Band zwischen der Einzel- und der Kollektivpersönlichkeit nicht zerschnitten, sondern bloss geändert wurde.[63] In diese positivrechtliche Entwicklung, denn um eine solche handelte es sich zweifelsohne, scheinen aber nur die Verbände mit fortgeschrittener Organisation einbezogen worden zu sein, während die prinzipiell gleichartigen, ebenfalls Gesamthände darstellenden, aber organisatorisch zurückgebliebenen Personengesellschaften der Verbandspersönlichkeit nicht teilhaftig wurden, d. h. nicht fähig erkannt wurden, selbständig Subjekte von Rechten und Pflichten zu sein. Als sich auf diese Weise eine Zweiteilung der Gesamthandformen herausgebildet hatte, entstand in der Folge bald ein wahrer Irrgarten von Theorien über die Rechtsnatur der Personenverbände, in welchem schliesslich die Lehre Beselers richtunggebend wurde.[64] Beseler[65] geht von der germanischen Auffassung aus, dass über den einzelmenschlichen Individuen die Verbände das Rechtsleben fortsetzten und betont die Realität der letzteren. In richtiger Erkenntnis der Wesensgleichheit aller aus der Gesamthand entstandenen Verbände, versucht er im Verein mit Gierke, den herausgebildeten positivrechtlichen Gegensatz zwischen den mit Persönlichkeit versehenen Körperschaften und den blossen Gemeinschaften zu überbrücken, indem er den Mittelbegriff der Genossenschaft dazwischenstellt, welcher durch Erfassung der Grenzformen dem Reichtum germanischer Assoziationen gerecht werden sollte. Die Verwirrung, welche diese germanistische Genossenschaftstheorie mit ihrem Zwischenbegriff hervorrief, sowie

---

[62] O. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I S. 456.

[63] Auch die Verbandspersonen können somit nichts anderes als Abwandlungen des Gesamthandprinzips darstellen.

[64] Vergl. O. Gierke, a. a. O., S. 465 ff.

[65] G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. 1843.

der unüberwindliche Einfluss des geltenden Rechts veranlasster bald ihre Fortbildung zur deutschrechtlichen Körperschaftslehre, welcher nun zwar der Gegensatz zwischen körperschaftlicher und gesellschaftlicher Vereinigung zugrundeliegt, die aber deren innere Verwandtschaft nicht zu bestreiten vermag, sondern die begriffliche Abgrenzung darin erblickt, dass bei der ersteren das Dasein einer selbständigen Person vom Rechte anerkannt ist und bei der letzteren nicht.[66] Der deutschrechtliche Respekt vor den Ergebnissen einer rechtshistorischen Entwicklung scheint somit viel eher als die Erkenntnis einer dogmatischen Notwendigkeit der Anlass zur konstruktiven Scheidung von zwei prinzipiell gleichartigen Verbandsformen in der Theorie gewesen zu sein. Indem Gierke für die Konstruktion der Gesellschaften ohne Persönlichkeit auf das Prinzip der gesamten Hand zurückgreift und dieses dem genossenschaftlichen Prinzipe gegenüberstellt, dürfte er denn auch unbewusst von der richtigen Methode des Rechts abgewichen und der Tendenz gefolgt sein, die positivrechtliche Zweiteilung der Personenverbände in Personen und Nichtpersonen als unbedingte Gegebenheiten aufzufassen und ihre theoretische Erklärung zu versuchen.[67] So kam es offenbar, dass die seinerzeit in der Form primitiverer gesellschaftlicher Gebilde infolge unausgebildeter Organisation auf dem Wege der Entwicklung zur organisierten Verbandsperson stehengebliebene Gesamthand zum selbständigen Prinzipe erhoben wurde. Die wesentliche Identität der beiden auf diese Weise künstlich in Gegensatz zueinander gebrachten Begriffe der Gesamthand und der Genossenschaft lässt sich jedoch nicht verdecken, sondern kommt in gewissen Unzulänglichkeiten und Widersprüchen von Gierkes Lehre zum Ausdrucke. Folgende Punkte sind namentlich geeignet, Bedenken gegen diese aufkommen zu lassen:

Auf die für alle Theorie verderbliche Zugrundelegung positiven Rechts deutet zunächst bei G. seine Auffassung von der juristischen Persönlichkeit überhaupt. Diese komme der Verbandsperson einzig kraft Rechtssatzes zu und erlange sich überhaupt

---

[66] O. Gierke, a. a. O., S. 479 ff.; Gierke stellt hier also auf ein rein positivrechtliches Merkmal ab.

[67] Vergl. die Bemerkung G. v. Beselers, wonach die «Entselbigung der Begriffe Genossenschaft und Samthand» der Kardinalfehler der Gierke'schen Genossenschaftstheorie sei (Juristische Miniaturen. 1929. S. 138).

nur auf Grund der Anerkennung durch das objektive Recht.[68] Der Gegensatz zwischen der deutschrechtlichen körperschaftlichen und gesellschaftlichen Vereinigung bestehe darin, dass das Dasein der ersteren vom Rechte anerkannt werde, das der letzteren hingegen nicht. Keine Körperschaften seien also die Verbände ohne Privatrechtsfähigkeit.[69] Die eigentliche Wesensgleichheit von Gesamthand und Körperschaft geht besonders deutlich aus der näheren Betrachtung von G.'s Auffassung der Realität der Verbandsperson hervor, deren prinzipielle Grundlagen bei beiden Gesellschaftsarten in gleicher Weise gegeben sind. Denn nach germanischer Auffassung seien die menschlichen Verbände wesenhafte Existenzen der Wirklichkeit, soziale Organismen und als solche reale Verbandseinheiten, die als Personen in den Rechtsverkehr treten. Die Persönlichkeit sei ein Rechtsbegriff, der mittels «Abstraktion durch Heraushebung eines Teilinhaltes der Wirklichkeit» zustandekommt und habe somit nichts mit der praktischen Ausgestaltung der sinnlich wahrnehmbaren Totalität zu tun. Die mit ihr verbundene Rechtsfähigkeit könne daher enger oder weiter sein, sei also kein festgesetzter Komplex. Auf Grund ihrer Handlungsfähigkeit erscheine die Verbandseinheit als wollendes und handelndes Wesen; das Verhalten ihrer Organe sei als Darstellung des Ganzen durch den Teil aufzufassen und da diese Teile Personen seien, liessen sich ihre inneren Beziehungen einer rechtlichen Regelung, einer Organisation unterstellen. Das Wesen der Organisation aber sei die Herstellung von Organen, in deren Tätigkeit sich die Lebenseinheit der Gesamtperson mit rechtlicher Wirkung offenbare.[70] Die Persönlichkeit des Verbandes sei durch das personenrechtliche Band der Mitglieder getragen.

Demgegenüber scheinen die der dogmatischen Unterscheidung von Gesamthand und Körperschaft dienenden Erklärungen wenig überzeugend, die erstere sei, obzwar auch sie eine rechts- und handlungsfähige Kollektiveinheit mit Gemeinschaftswillen darstelle, kein wahrer Organismus, sondern nur eine organische Verbindung. Wie die Körperschaften stellten zwar auch die Gemeinschaften von den Sondersphären verschiedene Gemeinsphären dar, deren Träger

---

[68] a. a. O., S. 470.

[69] a. a. O., S. 482.

[70] a. a. O., S. 497.

«irgendwie miteinander verschmolzen und geeint» zu denken[71] seie — (das primitive Kollektivrechtssubjekt der nichtorganisierte: ursprünglichen Gesamthand!) — allein, sie seien keine Rechtssubjekte, sondern Rechtsverhältnisse. Allerdings bringe das personenrechtliche Band zwischen den Gemeinschaftern eine «Umgestaltung der Vermögensrechte in eigentümlicher Weise» mit sich, welche eine weitgehende Annäherung an das Sozialrecht bedeute.[72] Die Vertretungsmacht des Gesamthänders sei eine «eigenartige Vertretung kraft Gemeinschaftsrecht», er nähere sich dem Organe der Körperschaft, ohne in ein solches überzugehen.[73] Immerhin muss G. zugeben: «indem eine ... Verteilung der durch die gesamte Hand vergemeinschafteten Willensmacht ein für allemal gesetzlich oder vertragsmässig geordnet wird, nähert sich die innere Einrichtung der Gemeinschaft einer körperschaftlichen Verfassung ...»[74] — Endlich erscheint es unverständlich, in welcher Weise sich die beiden Feststellungen Gierkes: «Identität im Wechsel ist das Wesensmerkmal aller Verbandspersönlichkeit» und: «eine Veränderung der Gemeinschaft zur gesamten Hand unter Fortbestand der Personeneinheit ist auf mannichfache Weise möglich» unter Festhalten an der Nichtpersönlichkeit der Gesamthand miteinander in Einklang bringen lassen.[75]

Zusammenfassend muss Gierkes Lehre, so verdienstvoll sie im Hinblick auf die Begründung der Realitätsauffassung von der Verbandspersönlichkeit ist, bezüglich der Konstruktion der Personengesellschaften nach ihrer Entstehung, ihrer Substanz und ihrem Ergebnisse abgelehnt werden. Ihr modifizierter Gesamthandbegriff ist erkenntnismässig unbrauchbar. Schon Laband hat dargelegt, dass eine «einheitliche Allgemeinheit und vielheitliche Summe», deren Rechte weder Rechte Aller, noch solche einer Einheit, sondern «eine Vorstellung, die den Keim von beiden enthält» sein sollen, zwar allerdings eine «unabsehbare Fülle von Möglichkeiten» ergibt, aber in Wirklichkeit nichts als eine verschwommene Vorstellung ist, die alles unklar erscheinen lässt, dem sie zugrunde-

---

[71] a. a. O., S. 269.

[72] a. a. O., S. 675.

[73] a. a. O., S. 686 f.

[74] a. a. O., S. 689.

[75] a. a. O., S. 550, resp. S. 690.

gelegt wird.[76] Logischerweise müsse man, wenn man eine Mehrheit von Personen gedanklich zu einer Einheit zusammenfasse, auf ihre Durchdringung durch die Vielheit verzichten; die Verknüpfung von logisch unvereinbaren Gegensätzen in einer Vorstellung, die zugleich Rechtssubjekt und Rechtsverhältnis sein, nach aussen auftreten und nach innen verschwinden soll, sei ein Widersinn. — Aber unbeschadet aller doktrinären Bedenken, erfreut sich die Gesamthandlehre, offenbar infolge ihrer praktischen Brauchbarkeit bei der Auslegung des positiven Rechts, auf dem sie ja beruht, namhafter Anhänger. Guhl[77] sieht in der Gesamthand eine Verbindung von Personen und Vermögen zu einer Einheit, in welcher bei den Handelsgesellschaften das Moment der Personenverbindung vorherrscht; auf diesem beruhe das abhängige Gesamteigentum, welches scharf von dem rein sachenrechtlichen, selbständigen Rechtsverhältnisse des Miteigentums zu trennen sei. Der prinzipielle Unterschied der Gesamthand zur juristischen Person bestehe darin, dass die Beziehungen innerhalb der ersteren sich in der Hauptsache in gegenseitigen Rechten und Pflichten der Mitglieder erschöpfen.

Behrend[78] nimmt das Vorhandensein einer juristischen Person nur an, wenn der Bestand einer Gesellschaft nicht an physische Personen geknüpft ist; bei den Personengesellschaften treffe dies nicht zu, ihre Firma sei daher nichts als ein Name für die Personengesamtheit, welche als Inhaberin des Geschäftsvermögens an diesem deutschrechtliches Gesamteigentum habe. Auch Sohm[79] betrachtet die K. G. als ein Mittelding zwischen Sozietät und Korporation, im Sinne der Gesamthandlehre. Aehnlich Kuntze,[80] der die innere Gestaltung der Personengesellschaften als verschiedene Sozietätsformen auffasst, in denen das persönliche Band überwiegt, wenn auch die Vermögenssphäre nach aussen eine Einheit begründet. Eine prinzipielle Anerkennung der Gesamthand als solcher, jedoch unter Ablehnung ihrer Anwendung auf die Personengesell-

---

[76] P. Laband, Beitrag zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. ZHR 30, 31.

[77] Th. Guhl, Gesamthandverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung. ZBJV 53.

[78] J. F. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I. 1886. S. 443 ff.

[79] R. Sohm, Die deutsche Genossenschaft. Festschrift Windscheid. 1888.

[80] J. Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften. ZHR. Bd. 6, S. 178.

schaften, spricht Burckhardt[81] aus: sie sei eine Organisation zur Ausübung gegebener, individuell bestimmter Rechte, mit Bezug auf welche sie allein bestehe und stehe also in Gegensatz zur juristischen Person, welche innerhalb eines bestimmten Zweckes beliebige, unbestimmte subjektive Rechte planmässig betätige. In diesem Sinne sei daher die K. G. nicht als Gesamthand, sondern als juristische Person zu betrachten, wenn sie sich auch in ihrer inneren Organisation von den eigentlichen juristischen Personen des schweizerischen Rechts unterscheide; es hänge aber vom Gesetzgeber ab, als die spezifische Wirkung welcher Merkmale sich die juristische Persönlichkeit darstelle. Die Tatsache jedoch, dass die diesbezügliche Stellungnahme des Gesetzgebers ihrerseits von der Vorarbeit des Rechtstheoretikers abhängt, weist wiederum auf die Theorie zurück, in deren Betrachtung somit fortzufahren ist.

b) *Die Theorie der relativ juristischen Persönlichkeit.* Die juristische Persönlichkeit scheint keiner Abstufung fähig zu sein: entweder ist ein Gebilde Rechtssubjekt, oder nicht. Was sich hingegen verändern kann, ist der Umfang der einer Person zuerkannten Rechte. Dies hat Dahn[82] veranlasst, die Personengesellschaften auf Grund einer modifizierten Personifikationstheorie zu konstruieren; er anerkennt die selbständige Persönlichkeit der K. G. nach aussen, spricht aber in Anbetracht des inneren Sozietätsverhältnisses von einer Doppelstellung, die er in den Ausdruck «relativ juristische Person» kleidet. Diese entsteht durch Abstraktion einer künstlichen Einheit von einer Personenmehrheit und ist daher als ideelles Ganzes aufzufassen. Zu den bedeutendsten Vertretern dieser Lehre zählen Gareis, Dernburg, Munzinger, Fehr, Unger, Ferrara, Rocco.

c) *Die Zweckvermögenstheorie.* Diese Lehre stellt auf das rechtliche Band zwischen einem Vermögenskomplex und dem Zwecke, dem er zugedacht ist, ab. Ihr Hauptvertreter, Brinz, ersetzt in diesem Sinne die fiktive Person durch den Zweckbegriff:[83] die rechtliche Einheit des Vermögens beruhe nicht auf dem gemeinsamen Eigentum an ihm, sondern auf seinem einheitlichen Zwecke, wobei es prinzipiell gleichgültig sei, ob das Zweckvermögen recht-

---

[81] W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 1927. S. 320.

[82] F. Dahn, Ueber die Handelsgesellschaften nach dem H. G. B. — Handelsrechtliche Vorträge 1875.

[83] A. v. Brinz, Lehrbuch der Pandekten I, 2. Aufl., 1873; S. 197 ff.

lich selbständig sei, oder als Sondergut in Form eines unselbständigen Handelsvermögens erscheine.[83a]

d) *Kritik der Methode.* Da eine systematische Kritik der erwähnten Theorien zu weit und zu keinen positiven Resultaten führen würde, sei zur Darlegung ihrer Unzulänglichkeit lediglich in summarischer Weise darauf hingewiesen, dass keine von ihnen nach Methode und Ergebnissen den Postulaten gerecht zu werden vermag, deren Erfüllung sich als Voraussetzung für die absolute Richtigkeit einer Theorie über die Rechtsnatur der Personengesellschaften ergeben hat. Der Grund hierfür liegt meist darin, dass die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft im allgemeinen aus Merkmalen abzuleiten versucht wird, die, weil sie im Gesetze verankert sind, als begriffswesentlich angesehen werden, ohne es tatsächlich zu sein. Jene Theorien aber, denen gegenüber dieser methodische Vorwurf nicht am Platze erscheint, ermangeln jedenfalls durchwegs einer einwandfreien rechtsphilosophischen Grundlage; d.h. sie gehen von Gedanken aus, die selber keine unbestrittene Geltung, keinen objektiven Erkenntniswert beanspruchen können, weil sie nicht mit jenen grundlegenden Einsichten übereinstimmen, welche die Rechtsphilosophie durch das Studium der sozialwirtschaftlichen Gegebenheiten, die die materielle Unterlage allen Gesellschaftsrechts bilden, zu vermitteln in die Lage versetzt wird. Was in den besprochenen Theorien fast ausschliesslich betrieben wird, ist allgemeine Rechtslehre. Wie Eugen Huber ausführt, kann zwar auch diese ein Weg zur abstrakten Erkenntnis sein;[84] sie schält aus der konkreten Rechtsordnung allgemeine Sätze heraus und sucht sie nach bestimmten Merkmalen einzuordnen, um ihr Verständnis zu vertiefen und sie auszugestalten. Dieses Vorgehen setzt aber die Existenz von konkretem Recht voraus, lässt höchstens erkennen, was ist, kann aber nicht die Rechtsphilosophie ersetzen, die lehrt, warum etwas ist, resp. was sein soll, weil es als formales Korrelat der sozialwirtschaftlichen Materie des Rechts Vernunftspostulat ist. Die Rechtsphilosophie ist es also, welche allein die für eine absolut richtige Theorie unentbehrlichen Grundlagen liefern kann und die daher als Hilfsdisziplin zur Gewinnung der Erkenntnisse heranzuziehen ist, die der theoretischen Konstruktion der Perso-

[83a] Aehnlich: E. Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt. Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 12, 1873.

[84] E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung. 1921. S. 14 ff.

nenverbände methodisch als aprioristisch gegebene Ausgangspunkte dienen müssen. Nur eine Konstruktion, die sich streng logisch auf der einwandfreien Basis solcher Erkenntnisse aufbaut, vermag bis in ihre letzten Bestandteile die Konsequenz des richtigen Gedankens aufrechtzuerhalten und in Form eines lückenlosen Systems ein allgemeines Prinzip zu begründen, das gegeignet ist, als das gesuchte einheitliche Substrat aller Personenverbände deren gemeinsame Rechtsnatur zu bestimmen.

III. Die juristische Persönlichkeit in rechtsphilosophischer Betrachtung

1. Allgemeines.

Die ungenügende Heranziehung der Rechtsphilosophie, insbesondere in den nach Entwicklung und Ausbau neueren Rechtsgebieten, kann wohl als das Grundübel bezeichnet werden, unter dem die moderne Rechtswissenschaft leidet. Denn die Rechtsphilosophie ist, wie J. Binder[85] betont, der «Unter- und Ueberbau der Wissenschaft vom Rechte». Ohne Zweifel hat gerade die Lehre von der juristischen Persönlichkeit stark unter dem erst in neuerer Zeit von der kritischen Philosophie wieder verdrängten geschichtlichen und dogmatischen Positivismus gelitten, dessen Einfluss in der Rechtsphilosophie der Jahrhundertwende ein entscheidender war. Neben diesem Einflusse des auf das Positive und Einzelne gerichteten Geistes der Neuzeit machte sich am Ausgange des neunzehnten Jahrhunderts auch jener der historischen Schule bemerkbar. Diese Richtung in der Rechtswissenschaft war aus der Philosophie des deutschen Idealismus hervorgegangen und betrachtete das Recht als geschichtliches Gebilde, das, aus der geistigen Individualität der einzelnen Nation gewachsen, national-individuell gestaltet sein muss. Unter Mitwirkung der Hegelschen Philosophie mit ihrem nüchternen Sinn für die Wirklichkeit und unter Verkennung ihres eigenen Ursprunges aus dem Idealismus, entwickelte sich jedoch auch die historische Schule in der Richtung des Positivismus. Anstatt in dem Rechte der Nation deren Volksgeist zu entdecken und damit dem Wesen und Werden des Rechts näher zu kommen,[86] verfolgte sie nur die Teilidee der Individualisation des Rechtsgedan-

[85] J. Binder, System der Rechtsphilosophie. 1937. S. 8.

[86] J. Binder, Philosophie des Rechts. 1925. S. XLVIII.

kens im empirischen Rechte weiter. Die Lehre von der Vernünftigkeit des Wirklichen und das Abstellen auf die Erfahrung machten aus der Rechtsphilosophie jener Zeit eine allgemeine Rechtslehre. Den Juristen, die in der Folge versuchten, die Rechtswissenschaft auf eine philosophische Grundlage zu stellen, fehlte daher jede methodische Grundlage, sie blieben vom Positivismus abhängig.[87] Ihre «Rechtsphilosophie» konnte somit weder als Philosophie, noch überhaupt als Wissenschaft bezeichnet werden; erst ihre Konstituierung zu einem Zweige der Philosophie und ihre Behandlung nach der philosophischen Methode ergab eine neue, eigentliche Rechtsphilosophie, die aber von dem im Neuerstehen begriffenen Kant'schen Kritizismus wesentlich beeinflusst war. Unter der Führung R. Stammlers betrieb die kritische Rechtsphilosophie die philosophische Grundlegung der Rechtswissenschaft und erreichte eine weitgehende Ueberwindung des Positivismus. Anderseits erkennt aber diese mit den Mitteln der kritischen Vernunft arbeitende Rechtsphilosophie den Ideen keine konstitutive Bedeutung für die Wirklichkeit zu, sondern sieht in ihnen nur Beurteilungsprinzipien, nach denen die Wirklichkeit zwar bewertet, nicht aber gestaltet werden kann. Sie stellt daher, ähnlich wie die Philosophie in den Grenzgebieten der Naturwissenschaften, nur das Streben dar, die Wirklichkeit zu begreifen, ihre Vernünftigkeit einzusehen. Aber die Jurisprudenz ist nicht Naturgegebenheit, sondern ihre Wirklichkeit und Vernunft werden vom Menschen geschaffen. Primär bedarf es daher einer Lehre, welche die Grundlage und Methodik für die Schaffung des Rechts selbst ergibt. Dieser Aufgabe vermag aber nur eine idealistische Rechtsphilosophie gerecht zu werden, wie sie Binder vorschwebt, nicht aber die von ihm als neuer kritischer Naturalismus bezeichnete Richtung, welche das Wesen des Rechts nicht erfasse. Letztere scheint denn auch auf der Grundlage ihres fragwürdigen Ausgangspunktes lediglich die Verwirklichung einer reinen Rechtslehre im formalen Sinne anzustreben, eine Formallogik des Rechts zu begründen, ohne sein Wesen zu berücksichtigen. Demgegenüber versucht Binder neuerdings, die Idee des Rechts als solche zu erfassen und sie, als eine Forderung der praktischen Vernunft, gestaltend in die Wirklichkeit eingreifen zu lassen. Seine idealistische Rechtsphilosophie will der Rechtsidee eine «schlechthin beherrschende Stellung in der Rechtswissen-

[87] a. a. O., S. L.

schaft» zuweisen. Er geht dabei von der grundlegenden Erkenntnis aus, dass «das Recht selbst . . . nicht ein festes Ding mit festen, unveränderlichen Inhalten und Umrissen, sondern Idee und damit Leben, beständiges Werden, und unendlicher Prozess» sei.[88] Diese Auffassung des Rechts allein gestattet die grosszügige, dynamische Gestaltung seiner Materie und muss daher Betrachtungen fortschrittlicher Tendenz zugrundegelegt werden. In diesem Sinne ist daher auch das vorliegende Problem der juristischen Persönlichkeit zunächst unter dem Gesichtswinkel der Rechtsidee zu analysieren und sodann logisch in ein Prinzip zu fassen, das sich von der praktischen Vernunft in die Wirklichkeit umsetzen und daselbst in den verschiedensten Erscheinungsformen wieder nachweisen lässt.

Unter dem Begriffe der Person versteht die Rechtswissenschaft einheitlich das Subjekt eines bestimmten Komplexes subjektiver Rechte und Pflichten, unter juristischer Person das nichtphysische Rechtssubjekt. Worüber die Ansichten sich jedoch teilen, ist die Frage nach dem materiellen Substrat der juristischen Person und dem Umfange des Komplexes ihrer subjektiven Rechtsbeziehungen. Mit Hinblick auf die Erörterung dieses Problems muss im Folgenden zunächst die Stellungnahme der Rechtsphilosophie bezüglich der in Frage kommenden Grundbegriffe besprochen werden. Dass hierbei keine Rede davon sein kann, auf die Diskussion bezüglich dieser Grundbegriffe einzugehen oder auch nur die darüber in der Literatur vertretenen Ansichten in ihrer Vielzahl wiederzugeben, ist wohl selbstverständlich. Es sollen vielmehr einzig gewisse rechtsphilosophische Grundgedanken festgehalten werden, die zufolge ihrer allgemeinen Verbreitung von besonderer Bedeutung für die in der Folge kennenzulernenden Konstruktionen sind. Denn der diesen Begriffen verliehene Inhalt bildet den logischen Unterbau für die zahllosen Theorien, die sich um die Abklärung des Wesens der juristischen Persönlichkeit bemühen und seine Kenntnis ist daher für deren Verständnis unentbehrlich.

2. Zum Begriffe des Rechts.

Um die Unterlage für die in der Mehrzahl der Theorien über das Wesen der Verbandspersönlichkeit enthaltenen rechtsphilosophischen Grundgedanken zu finden, genügt es, einige bedeutendere Rechtsphilosophen bezüglich des den Grundbegriffen des Rechts

[88] J. Binder, System der Rechtsphilosophie. 1937. S. 8.

zu verleihenden Inhalts zu konsultieren. — Nach Stammler ist der Begriff des Rechts ausschliesslich in dem Gebiete des Wollens zu finden. Der Inhalt der Rechtsordnung sei menschliches Wollen, das Recht sei Wille und wende sich an den Willen. «Das Wesen des Rechts liegt also darin, dass es eine bestimmte Art von menschlichem Wollen ist.»[89] Der Begriff des Rechts enthält nach Binder weiterhin notwendigerweise den Zwang der Gemeinschaft auf den Einzelnen. Der Sinn von Staat und Rechtsordnung sei die Ueberwindung der Einzelwillen der Mitglieder der Gemeinschaft durch das Mittel des Rechtszwanges. Die Rechtsordnung sei somit schon nach ihrer Idee Zwangsordnung.[90] Die verpflichtende Kraft des Rechts erwachse aber aus seinem Inhalte: es binde kraft seiner ethischen Macht, sein Geltungsgrund sei die objektive Vernunft.[91] Seine Substanz dagegen sei der Wille, denn es bilde den Inbegriff der Normen, die der Ausdruck des Gemeinwillens sind. Der Zwang, den die Rechtsgemeinschaft in Form des positiven Rechts ausübt, ist danach im ethischen Sinne eine Befugnis, d. h. erscheint sittlich gerechtfertigt, denn er richtet sich gegen den Zwang, den der Einzelwille des Individuums gegen die Freiheit der Anderen ausübt, beseitigt auf diese Weise den Zwang des Unrechts und bildet so die Möglichkeit zur Freiheit. In diesem Sinne aufgefasst, hört das Recht auf, einseitiger Zwang zu sein und bedeutet für den sittlichen Willen die freigewollte Gemeinschaft und die Wirklichkeit der Freiheit.[92] Diese Auffassung steht im Einklange mit jener Kants, dessen Satz: Recht und Befugnis zu zwingen sind einerlei, zeigt, dass er, wie nach ihm Fichte und Hegel, dem rechtlichen Zwange eine Befugnis im sittlichen Sinne zuschreibt.

Der dem Rechtsbegriffe verliehene rechtsphilosophische Gehalt muss sich zwangsläufig in der Auffassung des Begriffes des subjektiven Rechts wiederspiegeln.

3. Das subjektive Recht.

Für Gierke ist das subjektive Recht eine äussere Willensmacht, die auf ein Lebensinteresse gerichtet ist, seine eigentliche Substanz daher der Wille. Jedes menschliche Lebewesen sei natür-

---

[89] R. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft. 1911. S. 68 ff.

[90] J. Binder, Philosophie des Rechts. 1925. S. 649.

[91] J. Binder, a. a. O., S. 768.

[92] J. Binder, System der Rechtsphilosophie. 1937. S. 21 ff.

lich willensfähig und somit kraft eigenen Lebenswillens Rechtssubjekt. Savigny, Puchta, Windscheid, und seit ihnen die laufende Auffassung, sehen im subjektiven Recht eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht, während Ihering nicht im Willen, sondern im Nutzen die Substanz des Rechts erblickt und das subjektive Recht daher als rechtlich geschütztes Interesse bezeichnet, wobei er unter dem Begriffe des Interesses Zwecke, Bedürfnisse, den Nutzen zusammenfasst.[93] Haff[94] betrachtet das subjektive Recht nicht als abstraktes Wollen im Sinne Hegels, noch sieht er das Wesentliche des Rechtsschutzes in der Beschützung von Zwecken und Nutzen, sondern er greift auf den diesen Begriffen seiner Ansicht nach zugrundeliegenden konkreten Willen zurück. Das subjektive Recht ist danach der auf ein menschliches Lebensgut gerichtete, kundgegebene Wille, der vom Gesetze geschützt wird. Da dieses aber auch vom ausdrücklichen Willen unabhängige, potentielle Rechte einräumt, sieht Haff schon im nur triebhaften Zweckwollen die Grundlage des subjektiven Rechts. So erzeuge das potentielle Wollen auch bei Schlafenden oder Geschäftsunfähigen subjektive Rechte, die auf dem Schutze des individuellen Lebens- und Triebwillens beruhen.[95] Nun könne aber bei den subjektiven Rechten juristischer Personen von der selbständigen Bildung eines rechtserheblichen Zweckwillens überhaupt nicht gesprochen werden, da ihre von Gierke behauptete Willensfähigkeit nur eine Formel für die Bildung eines relativ einheitlichen Zweckwillens aus den Einzelwillen der Mitglieder sei. Wäre daher das subjektive Recht nur Zweckwillensmacht, so könnten juristische Personen nicht rechtsfähig sein; es müsse daher mehr sein und auch ein objektives Moment enthalten. Dieses findet Haff im Zweckwillen des Gesetzgebers: dieser erzeuge die subjektive Rechtsfähigkeit der Personenverbände als abstrakter Einheiten des Rechts. — Auch Jellinek[96] bezieht den Schutz durch die Rechtsordnung nicht auf das abstrakte Wollen, sondern auf jenes, welches bestimmte Zwecke verfolgt. Aehnlich verlangt Bernatzik, im Gegensatz zur abstrakten Willensauffassung Hegels, als Hauptmerkmal

---

[93] R. v. Ihering, Geist des römischen Rechts. III. 1865. § 60.

[94] K. Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts. 1918.

[95] K. Haff, a. a. O., S. 20. — Aehnlich Thon und Roguin.

[96] G. Jellinek, System der subjektiven Rechte. 1905.

des rechtlichen Schutzes das Vorliegen eines menschlichen Zweckes, Interesses, Bedürfnisses, an welche erst die Rechtsordnung rechtliche Wirkungen knüpfe. Eine zwischen Interessen- und Willentheorien vermittelnde Auffassung vertritt Binder,[97] der das subjektive Recht als eine rechtliche Macht bezeichnet, die dem wollenden Subjekt um seines Interessenschutzes willen verliehen ist. An dieser Stelle sei noch Dernburg erwähnt, der im subjektiven Recht den Anteil an den Lebensgütern erblickt, der den Einzelnen vom Allgemeinwillen zuerkannt und gewährleistet wird —, ohne Rücksicht auf seinen Individualwillen.[98]

4. Das Rechtssubjekt .

a) Der Begriff.

Noch wesentlich umstrittener als der Begriff des subjektiven Rechts ist jener des Rechtssubjekts. Egger[99] geht von der Kant'schen Auffassung aus, die ethische Persönlichkeit begründe die rechtliche. Die dem Menschen verliehene Selbstbestimmung und Vernunft verdiene Schutz wie Anerkennung durch die Rechtsordnung; der Sinn der Rechtssubjektivität liege also in wesentlichen Eigenschaften des Menschen, dieser besitze die Persönlichkeit um seiner selbst willen. Das Bedürfnis, das Recht ethisch zu begründen, führe denn auch allgemein zur Auffassung, die Person müsse, als einer der Grundbegriffe der Rechtsordnung, ein rechtsethischer Begriff sein. — Gierke betrachtet die Person als ein Subjekt, von dem ausgesagt wird, dass ihm eine Willensmacht eigne. Jede Person, auch die juristische, müsse daher einen Willen im psychischen Sinne haben und als psychophysisches Wesen konstruiert werden können. Auch die juristische Person sei somit als ein mit einem Verbandswillen ausgestatteter Organismus aufzufassen, und der Wille als die eigentliche Substanz der Rechtspersönlichkeit. Dies ist die Grundlage der Theorie von der Realität der Verbandsperson, die als «lebendiges Wesen» will und handelt. — Nach Kant ist zwar auch jedes Wesen eine Person, das infolge seiner Vernünftigkeit der Zurechnung fähig ist, jedoch kommt tatsächlich als solches nur der Mensch, als der einzige Träger eines vernünftigen Willens, in Betracht. Im Gegensatze dazu bezeichnet Binder als Person im Rechts-

---

[97] J. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

[98] Vergl. H. Dernburg, Das bürgerliche Recht... 1902. Bd. I S. 104 ff.

[99] A. Egger, Kommentar zum Personenrecht, Art. 11 ZGB.

sinne das, was von der Rechtsordnung als Selbstzweck angesehen werde; das Problem der juristischen Persönlichkeit sei überhaupt nur dadurch entstanden, dass man als die Substanz des Rechts, namentlich des subjektiven Rechts, das psychologische Faktum des Willens ansähe, das den physischen Einzelmenschen als Träger voraussetzt. Innerhalb der juristischen Person müsse daher ein bestimmter Träger eines individuellen Willens als eigentliches Subjekt ihrer Rechte und Pflichten betrachtet werden. Für Binder beruhen aber sämtliche diesbezüglichen Theorien auf den falschen Voraussetzungen des positivistischen, naturalistischen, individualistischen Denkens des 19. Jahrhunderts,[100] welchem die rechtliche Organisation als die massgebende Wirklichkeit der Personenverbände erschien. Nach seiner Auffassung ist das Rechtssubjekt vielmehr weder auf Grund seiner physischen Wirklichkeit, noch deshalb eine Person, weil es ein im Sinne der Psychologie wollendes Wesen ist, sondern weil es ein ethisches Subjekt darstellt, das nach vernünftigen sittlichen Gesetzen handelt und ein sozial bedingtes Stück der menschlichen Allgemeinheit ist. Nicht die rechtliche Ausgestaltung eines Rechtssubjektes ist also für seine Persönlichkeit massgebend, sondern die Tatsache, dass es ein selbständiger Träger eigener Werte, Subjekt eigener Zwecke und Aufgaben ist und dass in ihm individueller Sinn und eigene Vernunft zum Ausdrucke kommen. In der Ueberlegung, dass alle sozialen Gebilde, in denen die Allgemeinheit sich ein Dasein gibt, wie der Mensch selbst Subjekt sein müssen, liegt daher für Binder die Lösung des Problems der juristischen Persönlichkeit. Der Sinn der Persönlichkeit ist ihre Vernünftigkeit; sie ist Organ der überpersönlichen Vernunft, Mitglied der Vernunftgemeinschaft.[101] Gelangt man auf diese Weise zur Anerkennung der Persönlichkeit des Einzelnen, so muss man in analoger Weise auch jene der ihnen übergeordneten Verbände anerkennen. Denn die Einräumung einer Willensmacht an das Rechtssubjekt ist ein sozialer Vertrauensakt, der jeder Gemeinschaft zuteil werden kann, die wie der Einzelmensch als Wirklichkeit der sozialen Vernunft und des sittlichen Willens erscheint. Diese idealistische Philosophie führt zur Aufhebung des Gegensatzes zwischen dem Einzelnen und der Allgemeinheit. Die beiden Begriffe bedingen sich nur gegenseitig; die Persönlichkeit des Ein-

[100] J. Binder, System. S. 43.

[101] J. Binder, Philosophie des Rechts. S. 445.

zelnen wird vom Transpersonalismus als Persönlichkeit eines Gliedes der Gesamtheit bejaht, weil er die gleiche Vernunft besitzt, die zugleich das Bewusstsein der Gemeinschaft ausmacht. Diese überpersönliche Vernunft tritt in jedem Individuum individualisiert in Erscheinung und die individuelle Persönlichkeit kann überhaupt nur in ihrer überpersönlichen Bedingtheit verstanden werden. Der Begriff der Person enthält also nach Binder kein abgeschlossenes Einzeldasein, sondern eine soziale Bedingtheit, so dass ihm als das eigentliche Problem nicht die Persönlichkeit der Verbände, sondern jene der Einzelnen in ihnen erscheint. Diese Lehre verdient wegen ihres einzigartigen Resultates festgehalten zu werden, welches zugleich zeigt, von welch ausschlaggebender Bedeutung für eine theoretische Konstruktion die Richtung ihrer rechtsphilosophischen Grundlegung ist.

Wenn nach Kant das vernünftige Wesen die Persönlichkeit erlangt, weil es seiner Natur nach Zweck und nicht bloss Mittel ist, so sieht Specker[102] den inneren Endzweck des Menschen und somit die Rechtfertigung seiner Persönlichkeit in der Förderung der eigenen Individualität durch das seinem zielstrebigen Wollen entsprechende Verhalten. Auch Stammler betrachtet die Verleihung des Rechts der Persönlichkeit als Anerkennung eines freien, vernünftigen Wesens in seiner Eigenschaft als Selbstzweck. Haff[103] bezeichnet das Recht der Persönlichkeit als Zusammenfassung der an eine natürliche Person oder relativ einheitliche Willensgrösse angeknüpften aktuellen und potentiellen subjektiven Rechte. Die Persönlichkeit sei eine Vereinigung von subjektiven Rechten zur Entfaltung der rechtlichen Wirkungsfähigkeit ihres Substrates, ihr Wesen bestehe daher in der Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein. Wenn die Rechtsordnung eine Vielheit von Genossen als einheitliche Körperschaft auffasse und ihr die Rechtssubjektseigenschaft verleihe, so bedeute dies, dass die Rechtswirkungen auf die relativ einheitliche Willensgrösse zu beziehen seien, welche ein zur Ordnung und Zusammenfassung bestimmter Zwecke geschaffener Verband zu erzeugen vermöge.

Während somit die Rechtsphilosophie als vorwiegend geneigt bezeichnet werden kann, jedem Wesen, das bestimmte Merkmale

---

[102] K. Specker, Die Persönlichkeitsrechte ... etc. Diss. Zürich, 1910.
[103] K. Haff, a. a. O.

wie Vernünftigkeit, Freiheit, Selbstzweckcharakter aufweist, die Fähigkeit zur Rechtssubjektivität und damit die Persönlichkeit im Rechtssinne zuzusprechen, herrscht in der Rechtstheorie noch keine Klarheit bezüglich der Frage, ob und inwieweit ein Personenverband überhaupt als ein einheitliches, selbständiges Wesen betrachtet werden darf, dem besagte Eigenschaften als solchem zukommen können. Von den Theorien, welche versuchen, die eigene Wesenheit der Verbände rechtlich brauchbar zu begründen, sind im Folgenden die wichtigsten zu überblicken.

b) Der Personenverband als Rechtssubjekt.

aa) Die Fiktionstheorie. Schon im Altertum wurde das Hilfsmittel der Fiktion zur Betrachtung der menschlichen Personenverbände herangezogen und dieses römisch-rechtliche Prinzip hat bis in die neuere Zeit Geltung bewahrt. Die Grundgedanken der modernen Fiktionstheorie, als deren Hauptvertreter Savigny gilt und die heute noch in Frankreich allgemein verbreitet ist,[104] sind folgende. Subjekt des Rechts kann nur der Mensch sein, denn er allein kommt als Träger der Willensmacht in Frage, auf welche der Begriff des subjektiven Rechts sich aufbaut. Da aber der Verkehr die Existenz von rechtsfähigen Verbandseinheiten erfordert, muss deren Rechtsfähigkeit auf dem Wege der Fiktion, über eine fiktive Willensgrösse hergestellt werden. Die Stellungnahme der französischen Doktrin in diesem Sinne ist für den Klarheit liebenden französischen Geist bezeichnend: sie empfindet die deutschrechtliche Theorie von der Realität der Verbandsperson und ihrer natürlichen Rechtsfähigkeit als Widersinn. Dies ist auf den für sie typischen Mangel an Abstraktionsfähigkeit zurückzuführen, wie er im Ausspruche des geistesverwandten Guisan zum Ausdrucke gelangt: à l'en croire, le génie allemand a mis plusieurs siècles à faire la trouvaille de la «reale Verbandsperson»; souhaitons qu'il soit plus prompt à en découvrir l'absurdité.[105] — Wie sehr Gierkes Körperschaftslehre von ihren Gegnern meist missverstanden wird, zeigt ferner die Bemerkung Guisans, der Nachweis der materiellen Existenz der behaupteten Verbandsperson habe noch nie erbracht werden können und er fürchte, er werde auf dieser Welt nie einer juristischen Person begegnen.[106] Offenbar ist auch er einer der

[104] Lyon-Caen et Renault, Taité de droit commercial, II. p. 195.
[105] F. Guisan, La notion de «gesamte Hand» ... etc., S. 64.
[106] a. a. O.

zahlreichen Opfer der Verwechslung von Fiktion und Abstraktion als Gedankenoperationen im Dienste der Theorie geworden.

Unter dem Eindrucke der Unzulänglichkeit der rechtstheoretischen Versuche, die juristische Persönlichkeit realistisch zu begründen, zeigt auch Wieland und nach ihm die jüngere schweizerische Doktrin die Tendenz, sie als Ergebnis einer Fiktion aufzufassen.[107] So bezeichnet er die juristische Persönlichkeit als einen Begriff, dessen man sich bedient, um eine Anzahl von Eigentümlichkeiten eines Gebildes sprachlich zusammenzufassen. In diesem Sinne bedeute sie lediglich eine als gedankliche Erleichterung herangezogene Einheitsvorstellung, welche die Tatsache veranschauliche, dass ein Verband wie eine Einheit, wie ein gesondertes soziales Lebewesen behandelt werde, dass der Mehrheitswille seiner Organe als Verbandswille gelte und deren Handlungen als Verbandshandlungen bewertet würden. Der Persönlichkeitsbegriff entspringe also einer Oekonomie des Denkens, welche aus Gründen der Vereinfachung und zur Veranschaulichung eines Vorstellungsinhaltes die Teile in den Hintergrund schiebt und, ohne sie als solche zu negieren, vermittelst einer Synthese zu einem Ganzen vereinigt. Dabei habe man sich bewusst zu bleiben, dass die aus der bildlichen Vorstellung der Verbandseinheit abgeleiteten Rechtssätze durch die begriffliche Vorstellung der Personenmehrheit begründet werden müssen. Wie Stammler hervorhebe, liege die innere Berechtigung der rechtswissenschaftlichen Fiktion darin, dass sie nur Verweisung, nicht Erdichtung sei. Daher habe sie auch nur die Bedeutung eines Ausdrucksmittels. Aber während die Persönlichkeit nach der Realitätstheorie eine Eigenschaft ist, die einem Gebilde entweder zukommt oder abgeht, ist sie, als Fiktion gedacht, verschiedenen Abstufungen zugänglich und diese Dehnbarkeit macht sie für die verschiedensten Verbände verwertbar. Ob und inwieweit man sich der Einheitsvorstellung als unbeschränkter Fiktion bedienen kann, hängt aber von der Beschaffenheit des betreffenden Verbandes ab. Wieland unterscheidet daher beschränkte und unbeschränkte Fiktionen, je nach dem Masse, in welchem der Einzelne zurücktritt; da dies bei gewissen Verbänden des Privatrechts nicht vollständig der Fall ist, kommt auf diese nur die beschränkte Fiktion zur Anwendung, d. h. sie werden nur in bestimmten Beziehungen als selbständige Personen behandelt und nur ein beschränkter Komplex von

[107] K. Wieland, Handelsrecht. Bd. I, S. 396 ff.

Rechtssätzen kann unter ihre Einheitsformulierung subsumiert werden, woraus erhellt, dass diese ein rein technisches Hilfsmittel darstellt und von keiner Bedeutung für die juristische Natur des von ihr erfassten Verbandes sein kann. Dieser durch Fiktion erhaltene Einheitsbegriff vermag nun, wie Wieland zugeben muss, zwar zu veranschaulichen, nicht aber zu erklären. Die Antinomie, die darin besteht, dass der Gegensatz von Körperschaft und Gesellschaft einerseits vom praktischen Denken gefordert wird, anderseits dagegen der einheitlichen, vernunftgemässen Erkenntnis widerspricht, bleibe ungelöst. Faktisch sei zwischen den menschlichen Vereinigungen keine Grenze erkennbar, sondern sie alle seien wesentlich gleichartig: über die lose bürgerliche Gesellschaft bis zum Staate baue sich eine ununterbrochene Stufenfolge gesellschaftlicher Gebilde auf, die sich bei näherem Zusehen als die Abwandlung einer und derselben Grundform erkennen lasse. Diese Grundform, welche innerhalb aller Verbände die Einheit und den durchgängigen Zusammenhang herstellt und die als homogenes Medium übereinstimmende Begriffsmerkmale vereinigt, erkennt W. im Gesellschaftsbegriffe in seiner weitesten Bedeutung als ein auf Gesetz oder Vereinbarung begründetes Rechtsverhältnis der Mitglieder. Denn wie Jellinek ausführe, würden Personen nur für das praktische Denken zu Mehrheiten geeint, während für die theoretische Erkenntnis nur die Individuen vorhanden seien. Kollektivbegriffe seien auf Relationsbegriffe zurückzuführen und die Realität der Verbände als selbständige Einheiten überhaupt zu negieren. Als teleologische, zweckbestimmte Organismen aber, zeichne sie einheitlich, wenn auch in verschiedener Art und Ausprägung, die Unterordnung der Einzel- unter die Gesamtinteressen, der Einzel- unter den Gesamtwillen aus, so dass auch die Personengesellschaften dem Prinzipe der Persönlichkeit unterliegen.

bb) Die Realitätstheorien. Der Fiktionstheorie wurde durch die herrschend gewordene Auffassung der Realität der Verbandspersonen der Boden entzogen. Ohne so weit zu gehen wie Stammler, der auf die absolute Sicherheit der Erkenntnis abstellt und als reell nur ansehen will, «was in allgemeingültiger Art eingesehen wird»,[108] gehen die Realitätstheorien von einer Realitätsauffassung aus, die auf die Wirkung abstellt: wirklich, reell, ist, was wirkt, was Wirkungen zu erzeugen vermag.

[108] R. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft. 1911. S. 338 f.

Die als Grundlage der deutschrechtlichen Körperschaftslehre bereits erwähnte organische Theorie stellt dem physischen Organismus einen rechtlichen gegenüber. Der menschliche Verband bildet danach eine natürliche wirkliche Lebenseinheit, die Individuen sind in ihm zu einem selbständigen Ganzen zusammengefügt, das berufen ist, Rechtssubjekt zu sein. Dies wird ihm dadurch möglich, dass es den von der Rechtsphilosophie als Grundlage für die Zuerkennung von subjektiven Rechten bezeichneten selbständigen Willen aufbringt. Nach Gierke will und handelt nämlich die Verbandsperson selbständig, wenn auch durch Organe, die von Einzelmenschen gebildet werden. Für das Verständnis des Wesens des Organs als Teil des rechtlichen Organismus ist die bildliche Hilfsvorstellung der Parallele zum physischen Organismus unentbehrlich. Die vielfach vertretene Auffassung, dass eine Verbandsperson, die durch Organe handle, nicht als selbständig bezeichnet werden könne, beruht auf der Nichteinsicht der Identität der wollenden und handelnden Organperson mit dem Verbande, für den sie fungiert. Im Gegensatz zur herrschenden französischen Lehre ist auch Michoud von der Realität der Verbandsperson überzeugt.[109]

Mit der Organtheorie verwandt ist die von Zitelmann entwickelte Willenstheorie.[110] Nach ihr wird jede Vielheit, die organisch geeint ist, einzig durch ihren auf bestimmte Zwecke gerichteten Willen zu einem neuen, von den Einzelnen verschiedenen realen Wesen. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Hafter ein.[111] Die geschlossene Einheit der Personenverbände entsteht nach ihm dadurch, dass die Mitglieder einen Teil ihres Individualwillens in einen Betätigungskreis zusammenschliessen, wodurch eine natürliche Lebenseinheit mit Sondernatur entsteht. Das auf diese Weise gebildete Einheitsbewusstsein führt zwangsläufig zur Willensorganisation, welche die Voraussetzung für die Existenz jedes selbständigen Gebildes und damit der Grundzug der Personenverbände ist. Der Wille des Verbandes wird durch seine Organe in die Tat

---

[109] L. Michoud, i. d. Festgabe O. Gierke. 1911. S. 493: La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat... Aehnlich: Lainé, Des personnes morales... etc., 1893. S. 279. «Les personnes morales... ne sont autre chose que des modalités de la vie juridique de personnes naturelles.»

[110] E. Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen. 1873. S. 79 ff.

[111] E. Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin 1903.

umgesetzt, in diesen offenbart sich daher seine Lebenstätigkeit. Die Organhandlungen enthalten allerdings private Willensmoment und solche des Verbandes zugleich, was nicht immer leicht zu trennen ist, sondern einen Zwiespalt im Verhalten der Organe ergibt. Hafter meint aber, bei sogen. Verbandshandlungen eines Organs sei «im Normalfall zweifellos der das Verbandsinteresse darstellende Wille dominierend»; die Organperson fühle sich als Teil des Ganzen, sie wolle mehr als nur Vertreter sein und man könne daher tatsächlich von einer Willens- und Handlungsfähigkeit der Personenverbände sprechen. — Auch Schwabe[112] sieht in sämtlichen Gesellschaftsformen Gebilde, die auf einem einheitlichen Willen beruhen. Daher spricht er den Personengesellschaften wie den Kapitalgesellschaften und Vereinen die Rechtspersönlichkeit zu, wenn auch bei den ersteren die persönliche Haftung bestehe, die aber den Einheitscharakter eines Gebildes nicht zu beeinträchtigen vermöge. — Hingegen lehnt Vollenweider, von wesentlich praktischen Gesichtspunkten ausgehend, die Transsubstanziation der Einzelwillen in einem Verbande zu einem Gesamtwillen ab und weist die Aufhellung der Lehre Rousseaus von der volonté générale der Gesellschaftspsychologie zu.[113] Der Wille sei physisch bedingt, so dass die zur Begründung der Rechtsfähigkeit eines Verbandes herangezogene Willensfähigkeit desselben eine Fiktion sei: in Wirklichkeit handle es sich um den Willen der menschlichen Organe der Gesellschaft. Da aber die Jurisprudenz keine philosophische Erkenntnis anstrebe, sondern nur die Formel liefern soll, mit der sich die sozialen Gebilde rechtlich erfassen lassen, komme sie mit der Fiktion vollkommen aus. Die Erforschung von Wesen und Substanz der Verbände könne sie anderen Wissenschaften überlassen, befasse sie sich doch bloss mit den äusseren Formen der menschlichen Lebensverhältnisse. Wenn also das Verkehrsleben die Willens-, Handlungs-, Deliktsfähigkeit der juristischen Personen erfordere, so sei deren dementsprechende Konstruktion unter Uebergehung der Streitfrage ihrer Realität der einzige vernünftige Weg für die Theorie. Diese wünschenswerte Konstruktion sieht Vollenweider in der Abstraktion der bleibenden Organisation des Verbandes von seinem wechselnden Mitgliederbestand und in der An-

---

[112] M. Schwabe, Das Rechtgebilde als Person. 1911.

[113] H. M. Vollenweider, Beiträge zur Theorie der juristischen Person... etc. Diss. Zürich 1908. S. 14 ff.

knüpfung der Rechtsfähigkeit an diese. Die Realitätsfrage, deren Lösung ihm immerhin wünschenswert erscheint, löst er durch die Auffassung, dass die Anrechnung des Willens der Organpersonen an den Verband als dessen eigener rechtlicher Wille, welche durch einen Abstraktionsprozess ermöglicht wird, keine Fiktion, sondern ein juristisches Prinzip sei. Sie beruhe auf dem die juristischen Personen beherrschenden Majoritätsprinzip, welches darin besteht, dass die Subjektion der Minderheit unter die Beschlüsse der Mehrheit vertraglich resp. statutarisch festgelegt sei. Die dafür typische «Unterwerfung der Mitglieder unter eine fremde, einheitliche und selbständige Willensmacht»[114] sei daher das absolut sichere Kriterium für die juristische Persönlichkeit; und da ferner die Subjektion der Mitglieder nur bei einem gewissen Mass von Organisation möglich sei, erscheine diese mit als ein Essentiale der juristischen Persönlichkeit. — Dagegen erblickt Haff sowohl im Gesamtwillen der Organtheorie wie in der vom Bewusstsein des gemeinsamen Zwecks erzeugten Willenseinheit der Willenstheorie keine Realitäten, sondern Fiktionen, die er durch den Begriff der relativ einheitlich wirkenden Einzelwillen als reelle Einheiten ersetzt; dieser bringe das einheitliche Moment aller Verbände zum Ausdrucke.[115] Im Anschlusse an Lotze und Wundt versteht er nämlich unter der Wirklichkeit das Wirkende und schlägt daher an Stelle der individualpsychologischen Begriffe der Willens- und Handlungsfähigkeit denjenigen der Wirkungsfähigkeit vor. Seine Körperschaftsauffassung geht nur insoferne zur herrschenden Lehre parallel, als auch er das subjektive Recht als Willensmacht des Rechtssubjekts, dieses selbst als Subjekt einer rechtlich geschützten Willensmacht betrachtet. Das Rechtssubjekt aber, welches die Rechtsordnung in einem Verbande auf Grund seines einheitlichen, selbständigen Willens annehmen könne, erscheine als Subjekt rechtlich geschützter Wirkungen, die auf den Verbandswillen bezogen werden. Nun erhebe sich die Frage, ob ein juristischer Begriff wie die Verbandseinheit als reell oder wirkend betrachtet werden könne. Für Haff besteht das Reelle und Wirkende jedes Personenverbandes im Zusammenhang der Einzelwillen, welcher ein als Gemeinwillen bezeichnetes Willensprodukt entstehen lässt, das auf den einheitlichen Zweck- und Triebwillen der Einzelnen zurück-

---

[114] H. M. Vollenweider, a. a. O., S. 27.

[115] K. Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre... etc., S. 88.

geht. An die völkerpsychologische Erscheinung, dass dieser Gemeinwille als relativ einheitlich wirkende Willensgrösse den Einzelnen gegenübertritt, knüpfe die Jurisprudenz die Rechtswirksamkeit, die Realität der Verbände. Das Reelle sei eben der Interindividualzusammenhang der Mitgliederpsychen; das Hinzukommen der formellen Rechtssubjektsqualität berühre somit das Wesen des Verbandes nicht. Nicht der von der Rechtsordnung verliehene Personencharakter, sondern die reale Willensgrösse mache die rechtssubjektive Realität des Verbandes aus: daher seien auch bei den Personengesellschaften die Voraussetzungen für die juristische Persönlichkeit gegeben.[116] Jeder auf Grund ihres Willenszusammenhanges reellen menschlichen Vereinigung müsse von der Rechtsordnung die Eigenschaft einer qualifizierten Rechtsgrösse verliehen werden. Diese Trennung der Verbandsrealität vom blossen Ordnungsbegriffe «Rechtssubjekt» sei entscheidend und werde auch mehr und mehr anerkannt. Das Rechtssubjekt erweise sich demnach weder als Wesen (Stammler), noch als reale Gesamtperson (Gierke), noch als reale Zweckeinheit (Jellinek), sondern als juristischer Begriff, welcher eine durch die Rechtsordnung an den relativ einheitlichen Willen von völkerpsychologisch verbundenen Verbandsmitgliedern geknüpfte Qualifikation enthalte. Jeder Verband, sei er als Rechtssubjekt anerkannt oder nicht, ist daher für Haff auf Grund seiner Realität zumindest wirkungsfähig. Eine klare Definition dieser Wirkungsfähigkeit liefert er jedoch nicht: sie schliesse zwar weder die Handlungs-, noch die Deliktsfähigkeit ein, begründe aber die Haftung des Verbandes für das Handeln seiner Organe.[117]

cc) Die Theorie der Zweckeinheit. Der Zweckgedanke, der bei der Theorie der Zweckpersonifikation die Hauptrolle spielt, bringt gewisse Schwierigkeiten mit sich, die auf die uneinheitliche Auffassung des Zweckbegriffs zurückzuführen sind. Während Kant und Schopenhauer das subjektive Moment darin betonen, berücksichtigen Hegel und seine Anhänger neben dem subjektiv vorgestellten noch einen objektiven, tatsächlich erreichten Zweck. Dieser wiegt auch im Zweckbegriffe von Brinz, dem Hauptvertreter der Zwecktheorie, vor, der die juristische Persönlichkeit an den ein-

[116] K. Haff, a. a. O., S. 238.

[117] K. Haff, a. a. O., S. 116.

heitlichen Verbandszweck knüpft.[118] Auch Ihering sieht zwar das Wesen der privatrechtlichen Verbände in der vereinten Verfolgung von Zwecken, bestreitet aber, dass eine juristische Person als solche Zwecke haben und daher eigentliches Rechtssubjekt sein könne.[119] Vielmehr seien nur die einzelnen Mitglieder konkrete Zweck- und Interessenträger und damit Rechtssubjekte. In einem durch rechtliche Organisation ausgezeichneten Gemeinwesen könne aber ein Uebergewicht der gemeinsamen Zwecke Aller über die Partikularinteressen der Einzelnen eine machtbetonte Einheitlichkeit herstellen. — Auch Baumgartens Auffassung von der juristischen Person beruht auf dem Zweckgedanken. Träger von subjektiven Rechten sei normalerweise das menschliche Individuum, könne aber auch der Zweckverband sein, der, ähnlich der Individualperson, als Quelle einheitlichen Zweckhandelns, als Aktivitätszentrum erscheine. Durch die Verleihung von subjektiven Rechten an den Zweckverband, deren Ausübung er durch Mitglieder oder Organe bewerkstellige, gelange man ohne Fiktion zum Begriffe der juristischen Person, die als Rechtssubjekt der physischen gleichwertig sei.[120] Auf einen spezifisch subjektiven Zweckbegriff stellt Stammler ab, der jedes Wesen als Rechtssubjekt im rechtsphilosophischen Sinne betrachtet, dem die Fähigkeit zur Erfassung und Verfolgung eines selbständigen Endzweckes innewohnt.

dd) Die Rechtsverhältnistheorie. Diese von Hölder entwickelte Lehre ist von der Relationstheorie beeinflusst, die in der Rechtssubjektivität eine Beziehung zur Rechtsordnung erblickt. Ihr Autor anerkennt nur den Einzelmenschen als konkretes Rechtssubjekt und betrachtet die rechtlichen Verbände als Rechtsverhältnisse unter den Mitgliedern.[121] Der Begriff des Rechtssubjekts in obigem Sinne komme aber aus praktischen Gründen auch für einheitliche Willensprodukte erzeugende menschliche Gemeinschaften in Betracht, soweit ihre rechtliche Organisation diese Fiktion gestatte.

In diesem Zusammenhange ist auf die von Burckhardt entwickelte Vertragstheorie zurückzukommen, soweit sie, über ihre bereits besprochene Anwendung auf die Personengesellschaften

---

[118] Siehe oben, S. 72.

[119] R. v. Ihering, Der Zweck im Recht. 1884. Bd. I, S. 10 f.

[120] A. Baumgarten, Die Gesamtpersönlichkeit im Lichte der Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Zeitschr. für schweiz. Strafrecht. 40.

[121] E. Hölder, Natürliche und juristische Personen. 1905. S. 20.

hinaus, allgemeine Geltung auch für sämtliche höher organisierte Personenverbände beansprucht. B. lehnt die Theorien über die juristische Persönlichkeit schon deshalb grundsätzlich ab, weil er von der psychologischen Unmöglichkeit der Existenz eines «Wesens» mit eigener Rechtssubjektivität neben dem Einzelmenschen überzeugt ist: die Jurisprudenz dürfe keine «menschenähnlichen Geschöpfe schmieden», die nicht von der Erkenntnislehre und Psychologie anerkannt seien. Aus dieser Auffassung erklärt sich sein Versuch, sämtliche privatrechtlichen Personenverbände nicht als selbständige Rechtssubjekte, sondern als Vertragsverhältnisse zu konstruieren und damit zu zeigen, dass die Konstruktion der juristischen Person nicht nur bedenklich, sondern auch überflüssig sei. Einzelne Teilerkenntnisse, welche dieses Verfahren vermittelt, lassen es lohnend erscheinen, etwas näher darauf einzutreten.

Im Gegensatz zu den Verhältnissen bei den Personengesellschaften —, die in diesem Zusammenhange an anderer Stelle besprochen wurden —, ermöglicht bei den Kapitalgesellschaften die Zerlegung des Gesellschaftskapitals in Anteile, mit denen die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten übertragbar sind, eine grössere Mitgliederzahl, die aber ihrerseits eine komplizierte Organisation nötig macht. Wenn auch diese vielfach als das wesentliche Merkmal der juristischen Persönlichkeit betrachtet wird, weil sie die interne Selbständigkeit der Gesellschaft mit sich bringt, so berührt sie nach B. doch deren Rechtsnatur nicht. Jede Gesellschaft habe eine spezifische, ihrem Umfange angepasste Organisation; «die Organisation ist die Form, in welcher der Einzelne sein Recht ausübt.»[122] B. erkennt nun die begriffliche Zelle, auf welche die Organisation der privaten Verbände zurückgeht, im Vollmachtverhältnisse, auf dem ihr rechtswirksames Verhalten beruht. Er verwirft den Organbegriff im Sinne Gierkes und spezifiziert die gesellschaftliche Vollmacht dahin, dass sie sich von der normalen Vollmacht grundsätzlich insoferne unterscheide, als die durch eine Organisation Vertretenen sich selber von der Vertretungsmacht ausgeschlossen haben.[123] Die juristische Person beruhe darauf, dass Mehrere durch Rechtsgeschäft eine solche gemeinschaftliche Vertretung eingehen, durch die sie sich aus einem bestimmten Ge-

[122] W. Burckhardt, Personenverbände, S. 58.

[123] W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 1927. S. 312 ff.

schäftsbereiche selber ausschliessen. Diese Betrachtungsweise führt B. dazu, auch die A. G. als Sozietät zu konstruieren —, ungeachtet der Tatsache, dass Wissenschaft und Gesetz sie als juristische Person bezeichnen. Mit Recht erkennt er dem Gesetze jede wissenschaftliche Bedeutung ab und lässt es höchstens sagen, was sein soll, nie aber, was wirklich ist.[124] Er sieht in der A. G. ein vertragsmässig begründetes Rechtsverhältnis, dessen Wirkungen nach aussen durch die Veröffentlichung des Gesellschaftsvertrages begründet werden. Die gesamte Rechtssphäre der juristischen Person löst sich somit in Rechte und Pflichten der einzelnen Aktionäre auf. Danach besitzt die A. G. keine Handlungsfähigkeit, die Organe erscheinen als mit formellen Vollmachten ausgestattete Stellvertreter der Mitglieder, und auch von einer Deliktsfähigkeit der A. G. kann keine Rede sein: da es für unerlaubte Handlungen keine Stellvertretung gibt, sind die Delinquierenden als physische Personen zu bestrafen. Die Prozessfähigkeit der A. G. stellt sich endlich so dar, dass im Grunde jeder einzelne Gesellschafter als Partei erscheint, dass die Mitglieder aber als Einheit behandelt und mit einem besonderen Gerichtsstand bedacht werden. Analog werden von B. auch die Kom. A. G., die Genossenschaft, der Verein konstruiert, wobei aber jeweils die Vermengung des Organbegriffs mit demjenigen des Stellvertreters, sowie die Scheu vor einem «Wesen», dem ein Gesamtwille der Gesellschafter angehören müsste. nicht geeignet sind, die konsequente Anwendung der Vertragstheorie auf alle Personenverbände besonders klar erscheinen zu lassen. Wenn daher auch B. in seiner Konstruktion der Personenverbände als reine Vertragsverhältnisse nicht gefolgt werden kann. so muss doch der von ihm versuchte Nachweis festgehalten werden, dass sämtliche Gesellschaftsformen des Handelsrechts sich ihrem Wesen nach auf ein einheitliches konstruktives Grundprinzip zurückführen lassen; und dass als spezifisches Merkmal der juristischen Persönlichkeit weder die beschränkte Haftung, noch die Veränderbarkeit des Mitgliederbestandes, noch das Majoritätsprinzip, die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft, das einheitliche Auftreten im Verkehr oder sonstige Besonderheiten der Organisation in Frage kommen. Während alle diese Merkmale nämlich mehr oder weniger einheitlich auch bei Nichtpersonen anzutreffen sind, ist anderseits bei sämtlichen juristischen Personen der Vertrag

[124] Personenverbände, S. 65.

zwischen den Mitgliedern als konstruktive Grundlage nachweisbar. Wenn nun auch B. auf Grund dieses einheitlichen Merkmals alle Verbände als Vertragsverhältnisse unter den Mitgliedern konstruiert, so anerkennt er doch einen begrifflichen Unterschied zwischen ihnen, der festgehalten werden muss, weil er in der Tat die eigentliche Rechtsnatur der Personenverbände zu betreffen scheint. Nur wenige Verbände verbleiben auf der Stufe des einfachen Vertrages, der lediglich unter Mitgliedern wirkt: durch entsprechende Veröffentlichung und Bekanntmachung werden meist auch Dritte zu seiner Beachtung gezwungen. In dieser Veröffentlichung, kraft welcher die Gesellschafter nach aussen als Einheit auftreten, erblickt B. Merkmal und Prinzip der juristischen Person. Die Zaesur müsse zwischen eingetragenen und nur nach innen wirkenden Gesellschaften gemacht werden. Der feste Komplex bestimmter Merkmale, den das positive Recht unter der juristischen Person versteht, passe aber auf keinen Personenverband vollständig, was die Unhaltbarkeit der Theorie von der Persönlichkeit der Verbände zu beweisen scheine.[125] Was das Gesetz als die Persönlichkeit der Gesellschaften bezeichne, sei in Wirklichkeit die äussere Wirkung eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen Vertragspartnern; soweit im Gesetze daher von juristischen Personen als selbständigen Rechtssubjekten die Rede sei, liege eine theoretische Ungenauigkeit und somit unverbindlicher Gesetzesinhalt vor.

Auch Binder führt die Rechtsbeziehungen des Verbandes stets wieder auf die einzelnen Mitglieder zurück.[126] Für ihn ist die Gesamtheit aber nichtsdestoweniger das Subjekt einer durch das Zusammenwirken der Einzelnen entstandenen Willensmacht und somit Rechtssubjekt; dies treffe auch für die Personengesellschaften zu und überhaupt seien sämtliche rechtsfähigen Verbände im Prinzipe nichts anderes, als Gemeinschaften zur gesamten Hand.

ee) Die Negationstheorien. Einige Autoren verneinen endlich die Existenz, Notwendigkeit und Berechtigung der juristischen Person überhaupt und stellen einzig auf die Persönlichkeit der Mitglieder und deren Rechtsbeziehungen ab. Sie begnügen sich also[127] nicht damit, gleich den Verfechtern der Vertragstheorie die rechtliche Einheit der Personenverbände auf ein Vertragsverhältnis

---

[125] W. Burckhardt, a. a. O., S. 119 f.

[126] J. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

[127] Vergl. z. B. Vareilles-Sommières, Les personnes morales. 1902.

zurückzuführen, sondern negieren sie als solche und umgehen damit die Schwierigkeit ihrer theoretischen Erklärung. — Die glatteste Lösung erfährt aber das Problem der juristischen Persönlichkeit nach Egger[128] durch die Einsicht, dass der Streit um die Rechtsnatur der Personenverbände heute völlig zurücktrete, da die betreffenden Fragen ihre grundsätzliche Lösung im Gesetze gefunden hätten. «Nach heutiger Betrachtungsweise besteht das juristische Wesen des Verbandes in der Einheitsbehandlung selbst und erschöpft sich in ihr». So modern diese Auffassung, die den Gesetzgeber zum unfehlbaren Theoretiker erhebt, zufolge ihrer autoritären Schattierung anmutet, so wenig dürfte sie methodisch geeignet sein, die Erzeugung richtigen Rechts zu fördern.

ff) Rückblick. Da es zu weit führen würde, auf die erwähnten Theorien näher einzugehen, muss auf ihre gesonderte Kritik verzichtet und kann lediglich der Sinn ihrer summarischen Darstellung festgehalten werden. Erstens sollte aus ihr hervorgehen, dass keine der in der neueren Literatur vertretenen Theorien den Anforderungen Genüge zu leisten vermag, deren Erfüllung sich als das Kriterium für die objektive Richtigkeit einer Theorie der juristischen Persönlichkeit ergeben hat.[129] Ferner hat diese Darstellung gezeigt, dass die Betrachtung des Persönlichkeitsproblems auf rechtsphilosophischer Grundlage bereits wesentlich brauchbarere Ergebnisse zeitigt, als die Erklärungsversuche mit positivrechtlichen Ausgangspunkten. Doch ist aus der Vergleichung dieser Ergebnisse ersichtlich, dass wesentliche Diskrepanzen zwischen ihnen bestehen, die geeignet sind, ihren Erkenntniswert zweifelhaft erscheinen zu lassen. Diese Erscheinung ist einmal darauf zurückzuführen, dass die Rechtsphilosophie nicht vollkommen darüber einig ist, welche Eigenschaft eines Wesens sie als Kriterium seiner Rechtssubjektivität zu betrachten habe. Zweitens aber darauf, dass dieses schon mit Bezug auf den physischen Einzelmenschen nicht unumstrittene Kriterium ohne weiteres in analoger Weise zur Begründung der Verbands- wie der Einzelpersönlichkeit herangezogen wird. Da man hierbei vorwiegend auf das an eine Einzelphysis gebundene psychische Moment des menschlichen Willens abstellt, kann die auf dem wie auch immer konstruierten «Verbandswillen» begründete Verbandspersönlichkeit letzten Endes

---

[128] A. Egger, Kommentar zum ZGB: Personenrecht. 1928—30. S. 348 f.

[129] Siehe oben, S. 49.

doch nie als selbständig und reell erscheinen. Der wunde Punkt der Lehren von der juristischen Persönlichkeit liegt daher regelmässig darin, dass sie auf konstruktivem Wege etwas erhalten, was es für die vernunftgemässe Erkenntnis realiter überhaupt nicht geben zu können scheint. Die Wirklichkeit der Verbandspersönlichkeit kann von ihnen nicht erwiesen werden, weil deren rechtsphilosophische Grundlage, nämlich das begriffswesentliche Merkmal ihrer Rechtssubjektivität, selber nur durch das technische Hilfsmittel einer Gedankenoperation erhalten wird, welche einzelmenschliche Willensgrössen einheitlich auf die verbundene Gesamtheit bezieht. Diese Unzulänglichkeiten sind die notwendige Folge des methodischen Fehlers, die Rechtssubjektivität wesensverschiedener Rechtsträger analog begründen zu wollen, bei der Konstruktion der Persönlichkeit des Kollektivorganismus auf die für jene des Einzelorganismus entscheidenden Merkmale zurückzugreifen. Die Sinnwidrigkeit einer Lehre, welche die Einheit eines Ganzen aus der Einheit seiner Teile erklären will, resp. die übergeordnete Persönlichkeit durch Persönlichkeitsmerkmale ihrer Glieder zu begründen sucht, muss zu unlöslichen Widersprüchen führen. Die Rechtssubjektivität des Verbandes muss vielmehr sich aus ihm selbst heraus ergeben, auf Grund seines Wesens und seiner Struktur konstruiert werden. Dies ergibt aber die Notwendigkeit der Heranziehung der Soziologie als Hilfsdisziplin und zeigt zugleich, dass sämtliche Schwierigkeiten der besprochenen Theorien im Grunde auf die Nichteinhaltung der richtigen Methode zurückzuführen sind, die ohnehin in der aprioristischen Aufsuchung der soziologischen Grundlagen der Verbandspersönlichkeit bestanden hätte.[130] Die Voraussetzung für jeden Versuch einer Konstruktion des Personenverbandes als juristische Person im Sinne eines selbständigen Rechtssubjekts ist jedoch die eindeutige Festlegung von Wesen und Inhalt des Personsbegriffs, die daher im Folgenden zunächst unternommen werden muss.

IV. Das Wesen der juristischen Persönlichkeit

1. Der Begriff der Person.

Die Person im Rechtssinne, als Voraussetzung für die Existenz aller Privatrechte, ist die Grundlage der ganzen Privatrechtsord-

[130] Siehe oben: Einleitung, sowie S. 50.

nung.[131] Sie ist ein rechtlicher Begriff, der die Anerkennung eines bestimmten Zustandes durch die Rechtsordnung darstellt. Die Persönlichkeit bedeutet die Fähigkeit, im Rechte Existenz zu haben, Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein; ihre Grundlage ist die Rechtsfähigkeit, die heute als nowendiges, unverzichtbares Attribut des Menschen gilt. Die Schranken der Rechtsordnung ergeben in einzelnen Fällen jedoch gewisse Verminderungen des Umfanges der Rechtsfähigkeit, die ihren Begriffsinhalt einschränken, ohne sie als solche zu beeinträchtigen: so z. B. bei der Ehefrau, dem Bevormundeten, dem ausserehelichen Kinde. — Der zweite Bestandteil der Persönlichkeit ist die Handlungsfähigkeit. Sie setzt die Rechtsfähigkeit voraus und besteht in der Fähigkeit, durch selbständiges persönliches Verhalten die Rechtsfähigkeit auszunützen, betrifft also die Begründung von privatrechtlichen Beziehungen. Ihre Voraussetzungen sind für physische Personen die Mündigkeit und Urteilsfähigkeit; eine beschränkte Handlungsfähigkeit besteht immerhin auch ohne die erstere. — Dementsprechend kommt auch den als juristische Personen bezeichneten Personenverbänden nach Gesetz selbständige Rechts- wie Handlungsfähigkeit zu. Ihre Rechtsfähigkeit ist aber, wenn auch mit der einzelmenschlichen wesensgleich, dem Inhalte nach von dieser verschieden. Die juristische Person ist nämlich nur jener Rechte und Pflichten fähig, die nicht natürliche Eigenschaften des Menschen voraussetzen, umfasst aber neben Vermögensrechten den Schutz gegen Angriffe auf die wirtschaftliche Existenz, auf den Namen, die Persönlichkeit, das Geheimnis, ferner die Parteifähigkeit, Deliktsfähigkeit, aktive und passive Prozess- und Betreibungsfähigkeit sowie gewisse Freiheitsrechte. Wie jene der physischen Personen ist aber auch die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen nicht in eine starre Form gepresst; ihr Umfang schwankt entsprechend den gesetzlichen Sonderregelungen, ohne für sie von prinzipieller Bedeutung zu sein. Die Handlungsfähigkeit des Verbandes aber bleibt, wie immer man sie theoretisch begründen möge, von Gesetzes wegen regelmässig auf seinen spezifischen Geschäftsbereich beschränkt.

---

[131] Vergl. E. Hafter, Kommentar zum Personenrecht. 1910. S. 79 ff., S. 170 ff. — Zur Lehre von den juristischen Personen. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Nr. 11. 1906.

2. *Rechtsphilosophische Grundlegung einer teleologischen Theorie der juristischen Persönlichkeit.*

a) Betrachtung über das Wesen des Rechts.

Von massgebender Bedeutung für jede rechtstheoretische Konstruktion muss die ihr zugrundeliegende Auffassung von Wesen und Inhalt des Rechtsbegriffs sein. Dessen Abklärung bedeutet nämlich bereits die Festlegung sämtlicher verwandten Begriffe, so vor allem der hier in erster Linie interessierenden Begriffe des subjektiven Rechts und des Rechtssubjekts.

Denn sind einmal die Ausgangsbegriffe bestimmt, die sich nicht mehr auf einfachere Begriffe zurückführen lassen, so ist bereits der Weg zu allen sekundären Begriffen festgelegt, die auf deren Grundlage ein widerspruchsloses Gefüge bilden.[132] Nun führt aber gerade in allererster Linie die Frage nach dem Inhalte des Rechtsbegriffs mitten in das Problem des Wesens des Rechts überhaupt, um das sich alle Rechtsphilosophie dreht. Wie Stammler ausführt, ergibt sich für die Rechtsphilosophie zunächst die Aufgabe, den logischen Begriff des Rechts zu entwickeln, um alsdann die Frage nach der Idee des Rechts zu beantworten, so dass sich zusammenfassend als der Gegenstand der rechtsphilosophischen Untersuchung das System der reinen Formen ergibt, in denen wir rechtlich denken.[133] Mit Recht macht nun aber Schreier[134] auf folgende logische Schwierigkeit aufmerksam: in jeder Materie, die ein geschlossenes System bildet, führen die speziellen Begriffe entsprechend dem Bilde der Begriffspyramide auf immer allgemeiner werdende zurück, bis man auf diese Weise zu einem obersten Begriffe gelangt, der sich infolge seiner umfassenden Generalität überhaupt nicht mehr definieren lässt, weil er einfach in das Leere führt. In diesem Sinne müsste eine Definition des Rechtsbegriffs für die Rechtswissenschaft ebenso unmöglich erscheinen, wie jene des Raumes für die Geometrie oder jene der Zahl für die Arithmetik. Ist das Recht als geschlossenes System Gegenstand einer selbständigen Wissenschaft, so kann es sich für diese also niemals darum handeln, ihren eigenen Gegenstand zu definieren, sondern nur darum, die obersten Grundsätze anzugeben, aus denen sich die Gesamtheit ihrer Erkenntnisse durch formallogische Operationen

---

[132] Vergl. W. Burckhardt, Methode und System, S. 26 ff.

[133] R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1923. S. 4.

[134] F. Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. 1924. S. 1 ff.

ableiten lässt. Bei dieser Ueberlegung geht Schreier von dem Satze aus, eine Wissenschaft erreiche die erwünschte höchste Stufe der Rationalität nur durch Reduktion aller mittelbaren Denkschritte auf blosse Subsumtionen unter die Axiome des jeweiligen Gebietes; so geht er denn daran, die obersten Grundsätze des Rechts aufzusuchen, zu welchem Zwecke er eine in Husserls Phänomenologie fundierte reine Rechtslehre begründet. — Die richtigere Lösung der erwähnten logischen Schwierigkeit scheint jedoch darin zu beruhen, dass man das Recht gar nicht als a priori gegebenen Gegenstand einer Wissenschaft im Sinne eines geschlossenen Systems auffasst. Diese Auffassung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es absolute Rechtsnormen unabhängig von jeder staalichen Gesetzgebung gäbe, d. h., wenn das Recht eine natürliche Gegebenheit mit a priori nach abstrakten Gesetzmässigkeiten festgelegtem Inhalt darstellen würde. Wäre dies der Fall, so könnte allerdings das Recht als solches dem menschlichen Bewusstsein intentional gegeben sein und das Bewusstsein vom Rechte könnte seinerseits im Sinne der Phänomenologie Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung werden. Allein, eine auf dieser irrealen, rein imaginären Grundlage aufgebaute Rechtslehre muss leere Konstruktion bleiben, ihr künstliches Gefüge steht ausserhalb des Bereiches der Wirklichkeit. Schreiers Ausführungen bilden den typischen Fall einer reinen Rechtslehre im formalen Sinne, wie sie Binder mit Recht verwirft,[135] weil sie das Wesen des Rechts unberücksichtigt lässt. Das Recht, als die verbindliche Regelung des Interessenverkehrs, ist seiner Substanz nach Ethik. Jede Rechtsordnung ist im Wesen nichts anderes als von der Gemeinschaft sanktionierte, verbindlich erklärte Ethik. Wie es die Geschichte und heute noch das Beispiel des zum Teil einzig in der Rechtssprechung bestehenden englischen Rechts lehren, ist die Form dem Rechte ursprünglich nicht begriffswesentlich: das Recht ist erst sekundär Logik, System. Wenn in der Materie des Rechts in unserem heutigen Sinne sein ethischer Inhalt und seine logische Form untrennbar verknüpft erscheinen, so ist dies lediglich dadurch bedingt, dass im modernen Rechtsstaate die Technik der Rechtsverwirklichung einer mit den Mitteln der Logik ausgebauten, systematischen Rechtsordnung nicht entbehren kann. Das System, als welches das moderne Recht erscheint, ist lediglich das Ergebnis der richtigen Anordnung des Stoffes und des

[135] Siehe oben, S. 75.

planmässigen Aufbaues seiner Gedanken durch den Gesetzgeber.[136] Nur «in einem sinnvollen Aufbau ist die Form vom Stoff unzertrennlich»,[137] so dass erst beide zusammen den gedanklichen Inhalt ergeben. Stellt aber die logische Fassung, die systematische Durchdringung des Rechts lediglich ein Mittel seiner praktischen Verwirklichung dar, so erhellt daraus, wie widersinnig es ist, dem Rechte eine aprioristische Systematik zuschreiben zu wollen. Diese Verwechslung der Technik des Rechts mit seinem Wesen dürfte der Grund dafür sein, dass in der Theorie immer wieder der Versuch unternommen wird, das Recht in «reinen Rechtslehren» als das geschlossene System zu konstruieren, das es im Grunde nur nach Massgabe praktischer Bedürfnisse darstellt.

Im Sinne der obigen Ausführungen erscheint somit von den beiden Aufgaben der Rechtsphilosophie die Erkennung der Idee des Rechts als die primäre. Nun entscheidet aber, wie Burckhardt bemerkt,[138] faktisch der Gesetzgeber darüber, was gerecht sei, so dass der Theoretiker seine Hauptaufgabe in der Begründung der formellen Richtigkeit des Rechts zu erblicken hat. Die Tendenz des Gesetzgebers mit Bezug auf die Erfassung der Personengesellschaften sowie ihre Ergänzung und Korrektur durch die Praxis wurde in früheren Abschnitten behandelt; so stellt sich denn hier nunmehr die Aufgabe, die Idee der rechtlichen Behandlung der Personengesellschaften folgerichtig auszubauen: «wenn der Gesetzgeber es versäumt hat, ein Institut so aufzubauen, dass es sich widerspruchslos anwenden lässt, muss die Wissenschaft dies nachholen.»[139] — Um nun in diesem Sinne zum Begriff des Rechts zurückzukehren: vielfach ergibt sich die klarste Erkenntnis eines Begriffs durch die Annahme seines logischen Gegenteils. Daher sei zunächst vom natürlichen Zustande einer vollkommenen Rechtlosigkeit ausgegangen.

Wie sämtlichen tierischen und pflanzlichen Lebewesen, so wohnt auch dem Menschen der unfehlbare Trieb der Erhaltung und Förderung der eigenen Individualität inne. Dieser Trieb bestimmt sein Verhalten in zwingender Weise während der ganzen Dauer seines Lebens und ist derartig mit seinem Bewusstsein ver-

---

[136] W. Burckhardt, Methode und System, S. 111.
[137] A. a. O.
[138] A. a. O., S. 257.
[139] A. a. O., S. 128.

wachsen, dass der Mensch faktisch überhaupt nicht anders als unter seinem Einfluss handeln kann. Stammler drückt dies durch den Satz aus: «das menschliche Leben besteht in der Befriedigung von Bedürfnissen und geht inhaltlich hierin ohne Rest auf».[140] Specker sieht in jenem Triebe das dem Menschen immanente Bedürfnis nach dem höchsten erreichbaren Lebensgut, nämlich nach der vollkommenen Entfaltung aller Kräfte und Anlagen, die dem Einzelwesen verliehen sind. Vervollkommnung sei Aufgabe und Endzweck alles Lebenden.[141] Die Erreichung dieses Zieles werde durch den individuellen Vervollkommnungstrieb angebahnt, wie ihn die durch Thomas von Aquino und nach ihm durch Leibniz vertretene Vervollkommnungsidee dem Menschen zuschreibe. Das Bedürfnis im allgemeinen, also die Triebfeder allen menschlichen Handelns, definiert Specker als Mangel, dessen Beseitigung zur Erhaltung und Steigerung der menschlichen Existenz erforderlich ist. Die Objekte der menschlichen Bedürfnisse nennt er Güter, die Beziehung der gegenseitigen Ergänzungsfähigkeit zwischen Bedürfnis und Gut bezeichnet er als Interesse. Schutzobjekt der Rechtsordnung sei nun das Gut des Einzelnen, — Schutzsubjekt dagegen in erster Linie das Bedürfnis. Diese Darstellung scheint aber einerseits zu umständlich, um zu praktisch verwertbaren Erkenntnissen zu führen; anderseits aber ist sie insoferne unvollständig, als der Inhalt des Bedürfnisbegriffs nur die positive Seite einer individuellen Gesamteinstellung erfasst, die korrelative negative jedoch vernachlässigt. In Abweichung davon möchten wir daher sämtliche Beziehungen, die einem Individuum mit Hinblick auf seine Zweckbestimmung förderlich oder aber auch schädlich sind, als seine Interessen bezeichnen; und ihre Gesamtheit, die, auf seine Wesenheit bezogen, einen individuellen Komplex bildet, als seine spezifische Interessensphäre.[142] Je nachdem nun die Beziehungen eines Individuums zu den Tatsachen der Aussenwelt einen absolut förderlichen oder schädlichen Charakter tragen, muss man positive und negative Interessen unterscheiden; im Folgenden ist daher unter dem Interessenbegriff als solchem ohne qualifizierendem Beiwort eine beliebige Beziehung schlechthin zu verstehen. — Objektiv betrachtet, muss zwangsläufig jedem wie immer gearteten Individuum eine eigene Interessensphäre von bestimmtem Umfange zukommen. Während in

[140] R. Stammler, Wirtschaft und Recht. S. 127 ff.
[141] C. Specker, Die Persönlichkeitsrechte ... S. 36. 233 ff.

der toten Natur die Beziehungen der Dinge als leere Tatsächlich-
keiten erscheinen und ihre objektiven Interessen nach den Gesetzen
der Kausalität latent bleiben oder sich verwirklichen, besteht das
wesentliche Merkmal der individuellen Lebensträger darin, dass
sie ihr Verhalten selbständig nach ihren Interessen zu gestalten
vermögen. Hierzu ist das subjektive Wahrnehmen seiner Interessen
durch das Individuum erforderlich. Dieses Wahrnehmen aber macht
aus einem objektiven Interessenkomplex die subjektive Interessen-
sphäre.[142] Je nachdem nun die Beziehungen eines Individuums zu
essenträger in Erscheinung tritt. Bei den pflanzlichen Lebewesen
erfolgt das Wahrnehmen der Interessen auf dem Wege physikali-
scher oder chemischer Reflexe und Reaktionen, der Tierwelt wird
es durch ihre Sinnesorgane, durch sogenannte Instinkte und viel-
licht z. T. durch Ansätze eines vernünftigen Bewusstseins ermög-
licht. Im Gegensatz zu den übrigen Lebewesen ist der Mensch von
der Natur zur Förderung seiner Individualität mit erkennender
Vernunft ausgestattet, welche ihm das Bewusstsein und die subjek-
tive inhaltliche Erkenntnis seiner Interessensphäre vermittelt und
sein Verhalten im Sinne ihrer Förderung bestimmt. Zu diesem Haupt-
instrumente der subjektiven Interessenbegründung tritt beim Men-
schen in weiterer Ergänzung des rein physischen Interessenvermitt-
lungsorganismus, wie er ihn mit der Tierwelt weitgehend gemein-
sam hat, noch der gesamte Bereich des psychischen Erlebens als
subjektive Interessenquelle hinzu. Das Zusammenspiel dieser ver-
schiedenen, im konkreten Falle mehr oder weniger entwickelten
Interessenquellen und seine spezifische Eigenart sind für den ein-
zelnen Menschen typisch und ergeben individuelle Gesamtinteres-
sensphären von äusserst komplexer Zusammensetzung. Da die, wie
auch immer zustandegekommenen, subjektiven Interessen es sind,
die allein alles individuelle Verhalten bestimmen, kann der Mensch
sich überhaupt nicht anders als interessiert verhalten. Die Wirk-
lichkeit seiner physischen und psychischen Existenz ermöglicht
ihm infolge der durch sie bedingten spezifisch-individuellen Stel-
lungnahme zu den Tatsachen der Umwelt kein anderes als das sub-
jektiv interessenmässig bestimmte Verhalten. Auch der reinste
Altruismus kann somit nicht anders zustandekommen, als in der
Form eines subjektiven Interesses: das ihn zum Ausdruck bringen-

[142] Vergl. in diesem Zusammenhang R. v. Jhering's Zweckbegriff, wie
er in «Der Zweck im Recht», 2. Aufl. 1884/86, zugrundegelegt ist.

de Verhalten bildet eben für die ethisch entwickelte Psyche ein Bedürfnis, dessen Befriedigung von ihrem Träger als positives Interesse wahrgenommen wird. So beruht alles menschliche Verhalten, das durch Regungen, Gefühle, Affekte bestimmt ist, analog dem verstandesmässig bedingten oder durch physische Bedürfnisse begründeten Verhalten, auf der Wahrnehmung von unendlich differenzierten und abgestuften positiven oder negativen Interessen. Der Mensch ist also seinem innersten Wesen nach, zumindest unbewusst, Egoist und dies muss die Ausgestaltung seines Gemeinschaftslebens grundlegend beeinflussen.

Die Interessensphäre des Einzelnen entspricht dem Bereiche seiner Vernunft, dem Gehalte seines Bewusstseins, den Modalitäten seines Seelenlebens. Wären nun die Verhältnisse auf dieser Welt so geartet, dass jedes Individuum selbständig und ungestört der Wahrung seiner Interessen entsprechend dem Rahmen seiner subjektiven Sphäre nachgehen könnte, so würde wohl jener utopische Idealzustand vorliegen, unter dem die Erreichung der höchsten Vollendungsstufe aller Arten gewährleistet wäre und dessen Verwirklichung daher der Endzweck allen organischen Lebens zu sein scheint. Tatsächlich reichen aber die vorhandenen Güter zur Befriedigung der individuellen Interessen nur teilweise aus und die einzelnen Sphären geraten daher in Konflikt: sie überschneiden sich, ja überdecken sich teilweise. Die Folge davon ist der Versuch ihrer Träger, die eigenen Interessen ungeachtet derjenigen Dritter und unter Verletzung fremder Sphären zu wahren, woraus der Kampf Aller gegen Alle, das Ueberleben der Tüchtigeren, die natürliche Zuchtwahl und andere biologische Erscheinungen folgen, auf die nicht einzugehen ist. Während es im Bereiche der vernunftlosen Natur mit diesem Zustande sein Bewenden hat, erkannte der Mensch bald, dass er seinem Wesen nach zum Gemeinschaftsleben prädestiniert sei und folgte der Tendenz, sich mit seinesgleichen zu Gemeinschaften zu vereinigen, innerhalb deren die vernunftgemässe Arbeitsteilung eine rationellere Wahrung der Individualinteressen ermöglicht. Die weitgehend identischen Interessen der Einzelnen werden gleichgeschaltet, zusammengefasst und gegenüber der aussergemeinschaftlichen Umwelt kollektiv gewahrt. Auf diese Weise bildet sich eine Gemeinsphäre, die im allgemeinen Lebenskampfe selbständig und als geschlossene Einheit in Erscheinung tritt: die Urform der Kollektiveinheit. Innerhalb derselben

kollidieren aber die von der Gleichschaltung unberührten Teile der Individualsphären nach wie vor, was den internen Kampf der Einzelnen innerhalb der Gemeinschaft zur Folge hat. Da dieser aber die Schwächung der Gemeinschaft und die Beeinträchtigung ihrer Gesamtinteressen bedeutet, wird die kampflose Regelung des internen Interessenverkehrs selbst zu einem primären Gesamtinteresse. Nun stellen die Gesamtinteressen gegenüber den strittigen Einzelinteressen eine übergeordnete Sphäre dar, die, von Exponenten der Gesamtheit getragen, einen machtbetonten Anspruch auf unbedingte Durchsetzung gegenüber den Individuen hat. Die im Sinne der Arbeitsteilung organisierte Gemeinschaft erscheint daher befugt, den Einzelnen eine verbindliche Regelung ihres interindividuellen Interessenverkehrs vorzuschreiben und sie als Gesamtinteresse jederzeit zwingend durchzusetzen. Der Inbegriff der in diesem Sinne festgelegten Bestimmungen zur Abgrenzung sämtlicher innerhalb einer Gemeinschaft in Betracht kommenden Interessensphären ist die staatliche Rechtsordnung. Der Charakter ihrer Normen entspricht dem Wesen der Interessen, deren Wahrung sie betreffen: soweit Interessen der Gemeinschaft im Spiele stehen, haben die Rechtssätze unbedingte Geltung und daher gegenüber den Einzelnen zwingenden Charakter —, oder können dies wenigstens haben: soweit es sich dagegen um rein private Interessen handelt, interessiert es den Staat lediglich, dass sie in einer Weise verfolgt werden, die dem ethischen Empfinden der Gemeinschaft entspricht, also die Gerechtigkeit und Sicherheit des Interessenverkehrs bedeutet. In diesem Sinne liesse sich von bedingtem und unbedingtem Rechte sprechen. Die zivilrechtliche Schuld erscheint danach ihrem Wesen nach als jene Leistung, deren Erbringung für den Staat als Verwirklicher der Rechtsidee ein positives Interesse bedeutet. Keine solche kann dagegen bei dieser Betrachtungsweise die sogen. unvollkommene Obligation darstellen: hier liegt keine rechtliche Verpflichtung vor, weil der Staat als Vertreter der Gemeinschaft aus bestimmten Gründen auf die Erzwingung der Erfüllung einer sittlichen Pflicht verzichten zu müssen glaubt.[143] Die privatrechtlichen Normen sind daher nur indirekt und nur soweit zwingend, als es die Verwirklichung kollektiver Postulate fordert und lassen in diesem Rahmen im übrigen der Initiative und Vernunft der Privaten

[143] So auch: K. Heitz, Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht. 1940.

freien Spielraum. Die Bestimmungen des Privatrechts sind nur eventuell zwingend, ihr Zwang ist bedingt, latent, weil sie überhaupt nur soweit zur Anwendung kommen, als ein entsprechendes Verhalten von Privaten die Voraussetzungen dafür erfüllt. — Was nun den Zwang im allgemeinen anbelangt, den alles Recht auszuüben sucht, der seine «Verbindlichkeit» und damit sein Wesen ausmacht, so ist er als die Bestimmung individuellen Verhaltens durch eine übergeordnete Macht zu bezeichnen. Daraus erhellt die innere Verwandtschaft von Recht und Macht, auf die Ihering hinweist, wenn er sagt: «Denn das Wesen des Rechts, ... besteht in der Verwirklichung; die Voraussetzung dazu ist aber die Macht...»[144] — Wenn nun jedes individuelle Verhalten einzig und allein durch die subjektiven Interessen des Einzelnen bestimmt wird, so kann eine äussere Macht darauf auch nur über das Medium des Interesses einwirken, der Fall direkter physischer Gewalt vorbehalten. Die machtbetonte Einwirkung muss daher in der Abtötung des subjektiven Interesses an dem unerwünschten Verhalten resp. in dessen Kompensation durch Schaffung von Voraussetzungen für die Entstehung eines entsprechenden entgegengesetzten Interesses bestehen. Die Intensität eines subjektiven Interesses ist nicht messbar; daher verfügt jede «zwingende» Regelung in Wirklichkeit nur über eine relative Zwangsgewalt, d. h. ihre Wirkung ist faktisch nur dann zwingend, wenn das negative Interesse an den Folgen der Nichteinhaltung des von ihr vorgeschriebenen Verhaltens dem positiven Interesse an einem anderen Verhalten mindestens gleichwertig ist. Ein absoluter, unbedingt wirkender Zwang kann auf das Individuum nur durch direkte physische Massnahmen ausgeübt werden und diese bleiben daher als eigentliche Garantie der Rechtsverwirklichung im Hintergrunde jeder Rechtsordnung. Eine Allgemeinregelung, die verbindlich sein will, ist also bezüglich des Zwanges, den sie auszuüben berufen ist, stets auf das positive Interesse angewiesen, das der Einzelne an ihrer Einhaltung vermutlich haben sollte, resp. auf das negative Interesse, das die drohenden Folgen ihrer Nichteinhaltung für den Durchschnittsadressaten bedeuten dürften.

Die Beachtung der Privatrechtsnorm wird regelmässig durch

[144] R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts. 3. Aufl. 1865. Bd. III, S. 318.

die im Hintergrunde drohende Zwangsvollstreckung, vielfach abe auch bloss durch das negative Interesse an Rechtsstreiten, Anwalts- und Gerichtskosten und dergleichen gewährleistet. Erwähnenswert ist in dieser Hinsicht die Konventionalstrafe als Institut zur vertragsmässigen Erhöhung des Interesses am rechtmässigen Verhalten: sie ist berufen, die verhaltensbestimmende Kraft oder Verbindlichkeit des Privatrechtssatzes fallweise zu erhöhen. — Die Verbindlichkeit des Rechts erweist sich somit als eine Funktion seiner Eignung zur interessenmässigen Verhaltensbestimmung. Wenn daher die Rechtsordnung im Einzelfalle mit Individualinteressen in Konflikt gerät, die sich infolge ihrer Intensität als praktisch unkompensierbar erweisen, so versagt ihr Zwangsmoment und das individuelle Verhalten setzt sich im Sinne des positiven Interessenüberschusses durch. Keine abstrakte Regelung lässt sich allgemein als zwingend bezeichnen: stets erfreut sie sich nur einer relativen Verbindlichkeit, deren Stärke sich erst im konkreten Falle im Sinne der Bewährung oder des Versagens offenbart.

b) Der Begriff des subjektiven Rechts.

Auf Grund der vorangehenden Betrachtungen erweist sich das subjektive Recht als der Anspruch eines Interessenträgers auf die Geltendmachung der Verbindlichkeit der Rechtsordnung bei der Wahrung seiner Interessen, bzw. auf die Mobilisierung des staatlichen Zwangsapparates zwecks Verwirklichung der Rechtsidee zu seinen Gunsten. Wenn somit das subjektive Recht als ein Anspruch auf Durchsetzung von rechtlich geschützten Interessen bezeichnet werden kann, so erscheint es per definitionem auf die Wahrung von Interessen beschränkt, welche die Rechtsordnung als schützenswert anerkennt. Die rechtsphilosophischen Grundlagen dieser Schutzwürdigkeit sind aber aus der Betrachtung des Rechtssubjektsbegriffs zu gewinnen.

c) Die Grundlagen der Rechtssubjektivität.

Ist das Recht die allgemeinverbindliche Regelung des individuellen Verhaltens, so kommen als Adressaten der Rechtsordnung zunächst alle Träger einer selbständigen Interessensphäre in Betracht, die auf Grund eines vernünftigen Bewusstseins der Beeinflussung ihrer subjektiven Interessen durch eine abstrakte Ord-

nung zugänglich sind. Wenn nun diesen qualifizierten Interessenträgern in ihrer Eigenschaft als Mitglieder einer organisierten Gemeinschaft die Möglichkeit entzogen wird, ihre Interessen unter dem Einsatze der ihnen zur Verfügung stehenden persönlichen Machtmittel zu wahren, so muss ihnen anderseits die Möglichkeit geboten werden, die Wahrung ihrer Interessen im Rahmen und nach Massgabe der vorgeschriebenen Rechtsordnung dadurch erfolgreich zu gestalten, dass sie die staatlichen Machtmittel heranziehen, um ihrem Verhalten Nachachtung zu verschaffen, und sich zum Schutze ihrer Interessensphäre auf die Rechtsordnung berufen. Ihre subjektiven Interessen erlangen somit den Charakter subjektiver Rechte und sie selber die Stellung von Rechtssubjekten. Praktisch betrachtet, liesse sich also die Rechtssubjektivität eines Individuums auf seine Fähigkeit zurückführen, jene Tatsachen, die für ihn Interessen bedeuten, als solche zu erkennen und gegeneinander abzuwägen, um in der Folge zu einem mit der Rechtsordnung im Einklange stehenden Verhalten zu gelangen. Die Ueberführung des einmal bewusst gewordenen Interesses in das entsprechende Verhalten erfolgt auf dem Wege der Willensbildung; diese setzt auf Grund des dem Menschen eigenen Interessenverwirklichungstriebes zwangsläufig in dem Momente ein, da ihm das verstandesmässige Ergebnis seiner Interessenabwägung als eindeutiges subjektives Interesse bewusst wird. Der Wille ist in diesem Sinne als eine psychische Tendenz aufzufassen, die durch das Bewusstsein eines Interesses ausgelöst wird und auf dessen Wahrung, Realisation, gerichtet ist. Als solche stellt er jene spezifisch menschliche Erscheinung dar, welche die abstrakte Reaktion der Psyche eines Individuums auf die Wahrnehmung von Tatsachen der Aussenwelt in eine konkrete Reaktion seiner Physis überleitet, und damit die Beziehung zwischen der Aussenwelt und dem individuellen Verhalten wiederherstellt, die im psychischen Bereiche latent war. Der Wille, als die abstrakte Form des Verhaltens selbst, ist also eigentlich nichts anderes, als der erkennbare Ausdruck eines subjektiven Interesses —, unbeschadet der Art und Weise, wie dieses zustandekommt. Wäre er für die Begründung der Rechtssubjektivität entscheidend, so müsste bereits jedes Individuum, das als vernünftiger Adressat der Rechtsordnung einer Einordnung in die Gemeinschaftsorganisation fähig ist, zugleich auch Rechtssubjekt

sein können, ermöglicht ihm doch seine Vernunft die Erkennung und Abwägung subjektiver Interessen und damit die Fassung von Willensentschlüssen. Wie bereits angedeutet, steht aber die Rechtsordnung dem Einzelnen als Ersatz seiner dem organisierten Gemeinschaftsleben geopferten selbstherrlichen Machtfülle nicht für die Wahrung beliebiger Interessen zur Verfügung, sondern sie schützt nur qualifizierte Interessen. Die Rechtsordnung strebt die Verwirklichung der ethischen Idee des Rechts an; ihrem Wesen nach schützt sie daher nur subjektive Interessen, die sich mit den Prinzipien der Ethik in Einklang bringen lassen. Als Träger von subjektiven Rechten, als potentielles Rechtssubjekt im Sinne Bierlings,[145] kommt somit a priori nur das Individuum in Betracht, in dessen psychischem Bereiche neben dem rein verstandesmässigen Erkennen ein ethisches Bewusstsein an der Bildung der über den Willensentschluss zum Verhalten führenden subjektiven Interessen beteiligt ist.[146] Dieses ethisch-vernünftige Bewusstsein des Normalmenschen bildet mit der logischen Erklärung zugleich die Grundlage der philosophischen Rechtfertigung seiner Rechtssubjektivität. Es begründet die individuelle Freiheit und Verantwortlichkeit des Menschen, da sich in ihm die psychischen Vorgänge abspielen, welche alles menschliche Verhalten überhaupt bestimmen. Auf dieses Gesamtbewusstsein muss die Rechtsordnung abstellen, wenn sie den menschlichen Interessenverkehr regelnd erfassen und beeinflussen will: nur auf seiner Grundlage können schützenswerte Interessen entstehen und ist ein Rechtsverkehr daher überhaupt denkbar. Im Rechtsverkehr aber erscheint jedes solche Bewusstsein als das geistige Zentrum einer korrelativen Interessensphäre, in welchem subjektive Interessen als solche erkannt und unter einer einheitlichen Idee zu einem Komplex zusammengefasst werden. Dieser Komplex, diese kohärente Gruppe von Interessen ist es nun, der, bzw. die infolge der konsequenten einheitlichen Vertretung nach aussen als selbständige Einheit im

---

[145] E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. II. 1883. S. 120.

[146] Die Verwendung des Willens zur rechtsphilosophischen Begründung der Rechtssubjektivität erscheint, auch abgesehen davon, umso weniger ratsam, als die moderne Psychologie erkannt hat, dass der Wille auch in unbewusster Form, nämlich als Tendenz des Unbewussten vorkommt, woraus deutlich sein sekundärer Charakter innerhalb der Bewusstseinsbereiche hervorgeht.

Interessenverkehr in Erscheinung tritt, dabei mit anderen Individualsphären in Konflikt gerät und daher von der Rechtsordnung als konkrete Wirklichkeit der individuellen Lebenseinheit angesehen werden muss. Dementsprechend kann die Rechtsphilosophie die einheitliche Idee, die in einer solchen organisch gewachsenen Sphäre von einem immanenten Bewusstsein aufrechterhalten wird und die sich als Selbstzweck egoistisch zu behaupten und weiterzubilden strebt, als das eigentliche Substrat des Rechtssubjekts betrachten. Denn sie ist die Form, welche das Subjekt des ursprünglich freien Individuums in der rechtlich organisierten Gemeinschaft annehmen muss, um als selbständige Individualität fortzubestehen. Daher ist der Schutz, den die staatliche Gemeinschaft den Interessen der sich ihrer Organisation unterwerfenden Mitglieder angedeihen zu lassen verpflichtet ist, in dem Sinne aufzufassen, dass die einzelnen qualifizierten Interessen ihrer subjektiven Sphäre den Charakter von subjektiven Rechten erhalten, wobei der Träger des zur betreffenden Sphäre korrelativen qualifizierten Bewusstseins zum Rechtssubjekte wird. — Zusammenfassend kann das Rechtssubjekt definiert werden als der im Verkehre als Inhaber einer einheitlichen, selbständigen Interessensphäre auftretende Träger eines ethisch-vernünftigen Bewusstseins.

Diese für alles Weitere grundlegenden Betrachtungen sind nun weit davon entfernt, erzählen zu wollen, wie seinerzeit das Recht überhaupt entstanden sei. Sie sollen vielmehr das Recht prinzipiell begründen, sein Wesen feststellen und es ermöglichen, die vernunftmässigen Prinzipien eines Idealrechts im Sinne Kants und Fichtes aufzufinden. Dass dabei das Recht als System aus der Natur des Menschen entstehend dargestellt ist, darf nicht dazu verleiten, diese Konstruktion als naturrechtlich zu betrachten. Dient sie doch nicht dazu, direkt Rechtssätze aus der menschlichen Natur abzuleiten, sondern das Wesen des Rechts aus seiner prinzipiellen Entstehung und deren Voraussetzungen abzuleiten und durch diese Klarstellung des einheitlichen Grundgedankens allen Rechts eine allgemeingültige formale Methode zu begründen, nach der sich die objektive Richtigkeit des Rechts generell erzielen lässt. Diese Methode kommt denn in den folgenden Ueberlegungen zur Anwendung.

3. Die Personenverbände als Rechtsubjekte im Sinne des Interesseprinzips.

a) Die soziologische Grundlage.

Auf Grund der obigen Ausführungen besteht die Bedingung für die Verleihung der Rechtssubjektivität an eine Personenmehrheit in der Möglichkeit, in ihr als Trägerin eines ethisch-vernünftigen Bewusstseins die selbständige Inhaberin einer einheitlichen Interessensphäre zu erblicken. Ob und unter welchen Umständen diese Möglichkeit gegeben sei, ist aber eine Frage nach dem Wesen selbst der Vereinigung von Menschen, die in die Problematik der menschlichen Gesellschaft überhaupt einmündet, um welche sich die Gesellschaftswissenschaft seit dem 16. Jahrhundert bemüht.

Während die ersten soziologischen Theorien aus der Zeit zwischen dem 16. und dem 18. Jahrhundert unter dem Einfluss der naturwissenschaftlichen Errungenschaften der Epoche einen individualistischen, «atomistischen»[147] Charakter trugen und von naturrechtlichen Grundanschauungen getragen waren, vollzog sich im Laufe einer Entwicklung, deren Verfolgung zu weit führen würde, die Wandlung von der mathematisch-konstruktiv-spekulativen Denkweise zu der realistisch-vernunftbetonten Auffassung des Gesellschaftslebens. Deren erster Vertreter, Aug. Comte, gilt als der Begründer der positivistischen Soziologie. Der realistische Positivismus. der für seine Art und Weise der Erforschung der sozialen Erscheinungen typisch ist, lässt die Gesellschaft als geschichtlich gewordenen Organismus erscheinen, als organisme collectif, dessen Erforschung der Soziologie analog derjenigen des physischen Organismus durch die Biologie obliege. Diese Lehre wurde von H. Spencer weiter ausgeführt, der das Wesen der Gesellschaft in der Dauer der Beziehung zwischen den Einzelnen erblickt. Diese Dauer mache die Individualität und Konkretheit des Ganzen aus und erlaube es, die Gesellschaft als selbständiges Wesen aufzufassen. Die wechselseitige Abhängigkeit der Einzelnen verschmelze sie zu einem Aggregat, das nach den Grundsätzen des Einzelorganismus aufgebaut sei. Diese Lehre erfuhr im 19. Jahrhundert unter dem Einfluss der historischen Schule eine gewisse Wandlung: der aufkommende sogen. Relativismus

[147] A. Ith, Grundlehren der Gesellschaftslehre ... Diss. Bern, 1926. S. 1 ff.

betrachtete die Erscheinungen des Gesellschaftslebens nur noch relativistisch, d. h. in ihren Beziehungen zur sozialen Umwelt vom historischen Gesichtspunkte aus. Der namhafteste Vertreter dieser modernen organischen Auffassung der Gesellschaft ist wohl A. Schäffle. Für ihn ist der soziale Körper im Prinzip eine höhere Lebenseinheit, eine lebendige Individualität.[148] Die gegenseitige Einwirkung der individuellen Psychen ergibt in der Gesellschaft geistige Wechselbeziehungen, die einen ideellen Zusammenhang schaffen, der für die Gesellschaft typisch ist. Ihr Wesen ist also in der intersubjektiven geistigen Wechselwirkung zu erblicken. Durch den geistigen Zusammenhang werde ein Kollektivbewusstsein geschaffen, das im Verhalten der Gesellschaft zum Ausdrucke kommt. Dieses könne auf sechs verschiedenen typischen Verknüpfungswegen hergestellt werden, wobei für die Handelsgesellschaften die «wirtschaftseinheitliche» Verknüpfung in Frage kommt, worunter die Gemeinsamkeit der Werktätigkeit in Technik und Wirtschaft zu verstehen ist. — Von den modernen Lehren, die alle die individuelle Einheit des sozialen Körpers anerkennen, sei noch diejenige Stammlers angeführt, der von einem sozialen Organismus spricht, wo das physische Nebeneinander von Menschen in Zeit und Raum durch das Kriterium der äusseren Regelung von Verkehr und Zusammenleben zu einer sozialen Gemeinschaft gemacht wird. — Th. Kistiakowski leitet die Einheit der Gesellschaft aus den psychischen Beziehungen zwischen den Individuen ab; die gesellschaftliche Substanz bestehe in dem gemeinsamen Seelenleben der Einzelnen.

Wenn auch die erwähnten soziologischen Theorien direkt die menschliche Gesellschaft im allgemeinen und daher in erster Linie den Staatsverband betreffen, so schliessen sie doch zwangsläufig die dem einheitlichen Prinzip aller menschlichen Verbindungen unterworfenen Handelsgesellschaften mit ein und sind somit in analoger Anwendung auf diese von gleichmässigem Erkenntniswert. Sie zeigen, dass vom gesellschaftswissenschaftlichen Standpunkte die Handelsgesellschaften als einheitliche Organismen aufgefasst werden können, ja sogar müssen. Dies berechtigt noch keineswegs dazu, sie auch juristisch als Einheiten zu betrachten, ergibt aber die praejuristische Grundlage, an welche mit dem Ergebnis der vorangegangenen rechtsphilosophischen Betrachtungen

[148] A. a. O., S. 26 ff.

angeknüpft werden kann: die Betrachtung der Personenverbände als Träger eines selbständigen Bewusstseins und einer einheitlichen Sphäre in obigem Sinne erweist sich als ein soziologisches Postulat. Dementsprechend kann nunmehr die Rechtstheorie nach der Methode des Rechts auf der Grundlage der Einheit der Personenverbände als sozialwirtschaftlicher Gegebenheit und unter Heranziehung der rechtsphilcsophischen Vorarbeiten mit der Konstruktion der juristischen Verbandspersönlichkeit im Sinne der Rechtsidee und entsprechend dem Begriffe des Rechts einsetzen.

b) Die Rechtssubjektivität der Personenverbände.

Dass eine Interessensphäre im Verkehr vom Träger des zu ihr korrelativen Bewusstseins geltend gemacht wird, bedeutet nicht unbedingt, dass dieser mit dem Inhaber der betreffenden Sphäre identisch sein muss. Ob das Wesen, dessen Interessen in Form subjektiver Rechte geschützt werden und das daher als Rechtssubjekt erscheint, selber zugleich Träger des qualifizierten Bewusstseins ist, welches diese Interessen wahrnimmt und rechtlich relevant macht, ist für den Verkehr, für die Rechtsordnung gleichgültig. Denn es ist im Prinzip dasselbe, ob ein Normalmensch seine subjektiven Rechte persönlich geltend macht, oder ob diejenigen eines Unmündigen durch seinen Vormund gewahrt werden: in beiden Fällen ist das Wesen Rechtssubjkt, dessen subjektive Sphäre die betreffenden Rechte tatsächlich ausmachen. Aehnlich verhält es sich im Falle einer künstlich gebildeten Interessensphäre. Wenn mehrere Individuen ihre wirtschaftlichen Interessen zu einer einheitlichen Sphäre verschmelzen, um mit gemeinsamen Mitteln Zwecke zu erreichen, die ihnen als Einzelnen nicht zugänglich waren, so umfasst diese neugeschaffene Sphäre einen Komplex von Interessen, welche früher nicht bestanden und der daher im Verkehr als zusätzliche, neue, zumindest aber als selbständige Einheit erscheint. Um nun aber auch rechtlich als solche behandelt werden zu können, muss diese Kollektivsphäre von einem Bewusstsein beherrscht werden, das ihre Gesamtinteressen erkennt sowie im obigen Sinne deren Qualifikation als zur Konstituierung von subjektiven Rechten geeignete Schutzobjekte der Rechtsordnung begründet. Normalerweise wird jede selbständige Interessensphäre vom eigenen Bewusstsein ihres Trägers beherrscht. Trägerin der gemeinschaftlichen Gesamtsphäre und damit Subjekt der Rechte, die den in ihr ent-

haltenen Gesamtinteressen entsprechen, ist die Gesamtheit der verbundenen Gemeinschafter im soziologischen Sinne des Gemeinschaftsorganismus, wie ihn die Urform der alt-deutschrechtlichen Gesamthand darstellte. Innerhalb derselben hat der Einzelne, durch die Gleichschaltung bestimmter Interessen zu Gesamtinteressen und durch die Verschmelzung eines Teiles seiner subjektiven Sphäre in eine Gesamtsphäre, mit Bezug auf diesen Teil auf seine Selbständigkeit als Interessenträger verzichtet. Soweit sie in gebundener, unselbständiger Form in Gesamtinteressen enthalten sind, können seine subjektiven Interessen nicht als solche bestehen, sondern ihre selbständige Bedeutung erlischt: daher können ihnen auch keine selbständigen subjektiven Rechte entsprechen und die Gemeinschaft als Gesamtheit erscheint allein als Rechtssubjekt. Dementsprechend muss auch jeder Einzelne auf seine natürliche Befugnis, auf Grund seines selbständigen Bewusstseins eigene subjektive Rechte zu begründen, im Bereiche seiner verbundenen Interessen verzichten; er kann nur noch teilweise zur Begründung von Gesamtrechten beitragen, indem er als Einzelbewusstsein nach Massgabe eines vertraglich oder normativ festgesetzten Verfahrens an der Erzeugung eines Gesamtbewusstseins mitwirkt, welches als das verfahrensmässige Resultat des Zusammenwirkens der beteiligten Einzelpsychen erscheint. Bei diesem primitiven Zustande bleibt es aber in keiner Gemeinschaft; aus Gründen einer rationellen Arbeitsteilung kommt es vielmehr regelmässig zu einer Organisation, die darin besteht, dass die Einzelnen auf ihre Befugnis zur direkten Mitwirkung an der Bildung des Gesamtbewusstseins verzichten und diese Funktion ein für alle Mal eigens hierzu bestellten Organen übertragen. Wenn auf diese Weise das Organbewusstsein demjenigen der Gemeinschafter substituiert wird, so geschieht dies auf vertraglicher Grundlage, ohne dass in irgendeiner Hinsicht von einer Fiktion die Rede sein könnte. Die durch das Organbewusstsein begründeten subjektiven Rechte der Gesamtheit und die Rechtssubjektivität des von ihr dargestellten Verbandes verlassen in keiner Phase ihres konstruktiven Werdeganges den Boden der Realität. Der selbständige Name, die Firma der Verbandsperson ist daher mehr als eine blosse technische Vereinfachung, als eine Oekonomie des Denkens; er ist die spezifische Bezeichnung des Subjektes der durch die Gemeinschaftsorgane begründeten Rechte und Pflichten. Wenn nämlich bisher der Einfachheit und Anschau-

lichkeit halber nur von Rechten gesprochen wurde und dementsprechend unter Interessen schlechthin regelmässig positive Interessen verstanden wurden, so versteht es sich von selbst, dass die betreffenden Ausführungen von analoger Geltung für die dem Prinzipe nach identischen negativen Interessen sein müssen, denen als subjektive Beanspruchungen, Bindungen, Leistungen, die Rechtspflichten entsprechen. Genau so, wie die Gesamtheit als Rechtssubjekt aus dem Verhalten ihrer Organe berechtigt wird, so wird sie auch auf Grund der Rechtsgültigkeit ihrer negativen Interessen, welche positive Interessen Dritter darstellen, verpflichtet. Mit Bezug auf Rechte wie auf Pflichten erscheint also die durch die Organisation gegenüber dem Urzustande der Kollektiveinheit geschaffene Wandlung nicht als eine prinzipielle, sondern nur als eine formelle, technische: das Bewusstsein der Gemeinschafter wirkt, anstatt direkt, über den Umweg der von ihnen generell hierzu bestimmten Organe. Die Organisation ist die rationelle Form der Gesamtbetätigung; wie auch immer ihre Ausgestaltung und deren praktische Folgen sich auswirken mögen, stets sind die durch sie erzielten Wirkungen auf die Kollektiveinheit zu beziehen, deren Wirklichkeit in ihr konkrete Form annimmt.

Diese Konstruktion vermeidet bewusst die Verwendung des Willensbegriffs, welche den wunden Punkt der herrschenden Realitätstheorien darstellt. Wohl kann es innerhalb der Psyche der einer Gesamtheit sustituierten Organperson infolge der Erkennung eines Gesamtinteresses zu einem Willensentschlusse kommen, der das erkannte Interesse in ein entsprechendes konkretes, einheitliches Verhalten der Gesamtheit überleiten soll,[149] falls ein solches zur Realisierung des betreffenden Interesses überhaupt erforderlich ist. In diesem Sinne kann man denn auch, soweit dieser Wille der Gesamtheit anzurechnen ist, von einem Gesamt- oder Verbandswillen sprechen; dieser ist aber, wie gezeigt wurde, nichts als die Ueberleitung der Tendenz zur Verwirklichung eines wahrgenommenen Interesses in den Bereich des Physischen und kann zufolge dieses seines sekundären Charakters für die Entstehung subjektiver Rechte nicht wesentlich sein. Dies zeigt sich auch daran, dass ein willensbedingtes äusseres Verhalten der Gesamtheit für die Entstehung subjektiver Rechte vielfach gar nicht erforderlich ist, da es subjektive Interessen und somit Rechte gibt, deren Wahrung und

[149] Siehe oben, S. 105 f.

erst recht deren abstrakter Bestand latent bleiben können. Daraus ergibt sich, dass das subjektive Recht prinzipiell vom Willen seines Trägers unabhängig ist. Ferner erlangen ja auch negative Interessen, auf deren konkrete Verwirklichung der Wille ihres Trägers gar nicht gerichtet sein kann, weil die Tendenz zur Verwirklichung eines reinen Nichtinteresses der menschlichen Psyche wesensfremd ist, rechtliche Geltung. Besteht aber innerhalb eines Kollektivrechtssubjekts keine Organisation, so dass die Resultante des geregelten Zusammenwirkens aller Einzelpsychen die subjektiven Interessen unmittelbar ergeben muss, welche Rechte und Pflichten zu begründen berufen sind, so spielt es keine Rolle, ob die psychische Gesamteinstellung, welche dieser Resultante entspricht und sie allenfalls in ein entsprechendes konkretes Verhalten überleiten müsste, als Gesamtwille, relativ einheitlicher Triebwille oder sonstwie bezeichnet wird; wesentlich ist nur, dass sie als abstrakte Wirkung einer vertraglichen Bindung der Substanz nach vom psychophysischen Einzelwillen unterschieden wird.

Zusammenfassend kann als das allgemeine Prinzip des Kollektivrechtssubjekts oder der juristischen Person die einheitliche Darstellung einer selbständigen Kollektivinteressensphäre durch ein qualifiziertes Bewusstsein im Rechtsverkehre bezeichnet werden.

c) Die Personengesellschaften insbesondere.

Das oben formulierte Prinzip findet sich in Reinkultur bei den Instituten der Stiftung sowie der Einmanngesellschaft: in beiden Fällen vertritt ein qualifiziertes Bewusstsein eine selbständige Sphäre einheitlich im Rechtsverkehre. Dagegen kann bei der einfachen wie bei der stillen Gesellschaft von einer juristischen Persönlichkeit keine Rede sein, weil es an der ostentativen Vertretung dieser Gesellschaftsformen als selbständige Kollektivrechtssubjekte nach aussen fehlt, somit ihre Existenz für den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung irrelevant bleiben muss und keine Rechtswirkungen gegenüber Dritten haben kann. Dagegen erfüllen die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft durch ihr selbständiges Auftreten im Verkehr als Personengesamtheiten und durch die Bekanntgabe ihrer Absicht durch die Gesellschafter, als Einheit aufzutreten, die hier aufgestellten Bedingungen der juristischen Persönlichkeit. — Die Unabhängigkeit der einheitlichen Interessensphäre von dem Bewusstsein, das ihren Interessen zur rechtlichen Geltung verhilft, zeigt sich besonders deutlich bei der K. G.: we-

nige Mitglieder, auf deren Persönlichkeit das Verhältnis beruht, sind gleichmässig vertretungsbefugt, d. h. das eigene Bewusstsein eines jeden von ihnen vermag den Gesamtinteressen den Charakter subjektiver Rechte und Pflichten der K. G zu verleihen.

Bei den wirtschaftlichen Personenverbänden ist es nun von besonderer Bedeutung, sich über die Notwendigkeit der Unterscheidung von zwei wesentlich verschiedenen Bereichen der gesellschaftlichen Organisation klar zu sein. Letzten Endes sind alle subjektiven Interessen, wie eingangs ausgeführt, an das konkrete Lebewesen gebunden; wenn auch ihre zeitweise Gleichschaltung zwecks gemeinsamer Wahrung sie vorübergehend zu Gesamtinteressen stempelt, so müssen sie doch zu ihrer letztlichen Verwirklichung wiederum aus der Gesamtbindung gelöst und in die primäre Form von Individualinteressen zurückgeführt werden. Während dies auf primitiver Stufe für jeden Einzelfall gesondert erfolgt, ergreift auf Grund des betrieblichen Rationalisierungsbedürfnisses die Organisation auch diese Seite des Verbandslebens, so dass schliesslich neben der Aussenorganisation, die das Verfahren der einheitlichen Wahrung der Gesamtinteressen nach aussen betrifft, eine Innenorganisation unterschieden werden muss, welche die generelle Ueberleitung der verwirklichten Gesamt- in Individualinteressen zur Aufgabe hat: anstatt dass diese in jedem Einzelfalle gesondert erfolgt, wird der Gesamtheit als Rechtssubjekt ein eigener, selbständiger Vermögenskomplex zugewiesen, in welchem die gewahrten Gesamtinteressen konkrete Form annehmen und behalten, bis sie terminmässig und einer diesbezüglichen Regelung entsprechend, in Individualinteressen zurückverwandelt werden. Diese innere Organisation kann innerhalb der gesetzlichen Schranken beliebig ausgestaltet werden, ohne auf die primär bestehende Persönlichkeit der Gesellschaft von Einfluss zu sein, und betrifft gleichmässig positive wie negative Interessen. Das Gesellschaftsvermögen erfüllt auch Leistungsverpflichtungen der Gesamtheit generell, und diese werden erst durch die Verlustrechnung in individuelle negative Interessen umgewandelt. Wenn nun, wie dies bei der K. G. der Fall ist, die Gesellschafter aus Kreditrücksichten möglichst weitgehend haften wollen, ohne dabei ihr gesamtes Privatvermögen dauernd in einem das Geschäftsvermögen der Gesamtheit darstellenden Beitrage gebunden zu sehen, so steht ihnen die Möglichkeit offen, die Bildung eines Gesellschaftsvermögens auf ein die laufenden Be-

dürfnisse deckendes Geschäftskapital zu beschränken und die das normale Mass überschreitenden Gesamtpflichten, zu deren Erfüllung das Geschäftsvermögen nicht ausreicht, subsidiär direkt in negative Einzelinteressen zu verwandeln. Die vielumstrittene unbeschränkte Solidarhaftung der Kollektivgesellschafter erweist sich bei dieser Betrachtungsweise als eine für das Wesen, die Persönlichkeit der Gesellschaft irrelevante Erscheinung ihrer inneren Organisation. Die Kommanditäre der Kommanditgesellschaft dagegen, die nur beschränkt haften wollen, müssen dies, wie alles, was gegen Dritte Rechtswirkung haben soll, nach aussen hin kenntlich machen; für sie behält das Geschäftsvermögen, an dem sie mit einer Einlage beteiligt sind, seine volle organisatorische Bedeutung. Wie jene der Personen-, so ist auch die praktische Ausgestaltung der Kapitalgesellschaften nichts anderes, als die Auswirkung von Besonderheiten ihrer spezifischen inneren Organisation, auf die hier nicht näher einzugehen ist. Vielmehr ist im Folgenden noch ein Problem zu betrachten, dem infolge der mit ihm verbundenen Unsicherheit in Theorie und Praxis eine besondere Bedeutung zukommt: die Deliktsfähigkeit der Personenverbände.

V. Zur Deliktsfähigkeit der Personenverbände

1. Die Bedeutung des Problems.

Wenn ein Personenverband, — unbeschadet, auf Grund welcher theoretischen Konstruktion, — im Rechtsverkehr als selbständige Lebenseinheit auftreten und im Rahmen der Rechtsordnung rechtliche Wirkungen für sich selbst erzeugen kann, so muss er zufolge dieser Eigenschaften auch imstande sein, als solcher die Rechtsordnung zu verletzen. Dagegen fallen für die folgende Untersuchung die Personenverbindungen, die im Verkehre nicht als selbständige Einheiten auftreten und daher auch nicht als Personenverbände im eigentlichen Sinne des Wortes aufzufassen sind, ausser Betracht. — Die Rechtsordnung knüpft an ihre Verletzung bestimmte Sanktionen, für deren Verhängung jedoch mit Bezug auf das Wesen, das sie treffen sollen, gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die man im Begriffe seiner Deliktsfähigkeit zusammenfasst und welche seine subjektive Verantwortlichkeit für sein Verhalten begründen. Die Verantwortlichkeit für ein Delikt ist aber eine rechtliche Beziehung, die sich infolge ihres direkten, höchstpersönlichen Charakters durch keine zweideutigen Konstruktionen

erfassen lässt; die auf ihr begründete Sanktion der Rechtsordnung erfordert ein eindeutiges Subjekt, einen klaren Adressaten und die herrschende Lehre gerät daher, wenn bereits bezüglich der juristischen Personen, so erst recht mit Bezug auf die Personengesellschaften in erhebliche Schwierigkeiten.

2. Die Stellungnahme der Theorie.

Hafter, der als der Hauptvertreter der in der Schweiz herrschenden Lehre bezeichnet werden kann, geht in Anlehnung an Gierkes Realitätstheorie bei der Untersuchung der strafrechtlichen Deliktsfähigkeit der Personenverbände von ihrer Willens- und Handlungsfähigkeit aus, während ihm die äussere Tatsache ihrer juristischen Persönlichkeit gleichgültig erscheint. Für ihn ist jeder Verband deliktsfähig, in dessen Verhalten ein selbständiger Sonderwille zum Ausdrucke kommt.[150] Mit Gierke[151] betrachtet er die Delikte der Organe als solche der Verbandseinheit, wenn sie innerhalb der rechtlichen Lebenssphäre derselben liegen. Auch die Personengesellschaften, als Gemeinschaften zur gesamten Hand, seien somit der Deliktsfähigkeit teilhaftig: sie erschöpfen sich zwar scheinbar in den subjektiven Beziehungen der Mitglieder zueinander, stellen aber zweckgebundene Einheiten dar, in denen der Individualwille kraft obligatorischer Verpflichtung durch die Verbundenheit ersetzt ist, so dass die Gemeinsphäre als eine Einheit mit Sonderwillen erscheint. Wo aber ein solcher Sonderwille durch Organe, d. h. Menschen, die als Teil des Ganzen auftreten, ausgedrückt werde, da ziehe er im Rahmen des Gesellschaftszwecks, für den die Organisation gelte, die Verantwortung auf den Verband. Das Strafrecht finde beim Delikt des organisierten Verbandes stets mindestens zwei schuldhafte Willen vor: den Verbands- und den Individualwillen. Das moderne Strafrecht berücksichtige jedoch nur den letzteren und bestrafe daher die handelnden Organe, die den Verbandswillen ausführen, wobei allerdings ihre individuelle Schuld durch ihre Organstellung verringert werde.[152] Hafter ist dagegen der Auffassung, dass jeder schuldhafte Wille eine seiner

---

[150] E. Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. 1903. S. 93 ff.

[151] O. Gierke, Genossenschaftstheorie. S. 755.

[152] Vergl. Art. 147, 163—170 in Verbindung mit Art. 172 des schweizer. Strafgesetzbuches vom 31. XII. 1937.

Schuld entsprechende Strafe nach sich ziehen müsse und fordert daher die Verbands- neben der Organstrafe. Da die Verbandsstrafe den Verband als solchen und nicht die Einzelnen treffen müsse, sei ihr eigentlicher Typus die Geldstrafe in Verbindung mit der Möglichkeit der nachweisbar Unschuldigen, sich schadlos zu halten. Von der schuldhaft begründeten zivil- und strafrechtlichen Deliktshaftung, welche ihrem Wesen nach identisch seien, müsse die Haftungspflicht der Verbände aus sozialpolitischen Gründen unterschieden werden.

In seinem späteren Lehrbuch[153] kommt Hafter leider von diesen gesunden Grundsätzen wieder ab und glaubt, seine frühere Auffassung von der Deliktsfähigkeit der Verbände nicht aufrechterhalten zu können. Der heute allgemein proklamierte Grundsatz: Keine Strafe ohne Schuld, in Verbindung mit dem Scheitern des Beweises, dass eine Körperschaft schuldhaft handeln könne, führt ihn dazu, die Verbandsstrafe abzulehnen.

Egger sieht in den Organen der Verbandsperson blosse Stellvertreter und muss daher die Deliktsfähigkeit der juristischen Person im Prinzip verwerfen.[154] — Affolter sieht darin einen Widerspruch zu den Bedürfnissen des Verkehrs und folgt Gierke, indem er eine Haftung der Verbandsperson aus Verschulden annimmt, wenn ein verfassungsmässiges Organ innerhalb seines Zuständigkeitsbereiches delinquiere.[155] — Schwabe verneint mit der selbständigen Handlungsfähigkeit der «Gebilde» ihre Deliktsfähigkeit: Rechte und Pflichten des Zivilrechts lassen sich seiner Ansicht nach vom psychisch-physischen Akt, der ihrer Entstehung zugrundeliegt loslösen und auf die juristische Person übertragen; dies sei jedoch im Bereiche des Strafrechts nicht möglich, da dieses auf die mit der einzelmenschlichen Seele zusammenhängende Schuld abstelle.[156] — Mamelok wiederum bezeichnet die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen als eine vom Verkehre geforderte, notwendige Folge ihres Willens, durch das Verhalten ihrer Or-

---

153 E. Hafter, Lehrbuch des schweizer. Strafrechts. Allgem. Teil. 1926. S. 64.

154 A. Egger, Kommentar zum ZGB, Personenrecht Art. 54, 55. 1930.

155 A. Affolter, Die zivile Deliktsfähigkeit jurist. Personen, ZBJV XXXII., 5, 6.

156 M. Schwabe, Das Rechtsgebilde als Person. 1911. — Aehnlich alle Anhänger der Fiktionstheorie.

gane gebunden zu werden.[157] Nach Burckhardt liegen die Dinge folgendermassen: die privaten Verbände werden vom Rechte nur für rechtmässige Handlungen anerkannt. Im Rahmen der Rechtsordnung sind die verfassungsmässigen Organhandlungen Handlungen des Verbandes und die Gesamtheit haftet daraus, wie eine physische Person für Nichterfüllung etc. haften würde; «die Verpflichtung der juristischen Person ist eine Haftung».[158] Das Wesen der Organisation besteht ja gerade darin, dass man das Verhalten der Organe dem Organismus zuschreiben kann; sobald allerdings die Organe über ihre Zuständigkeit hinausgehen, handeln sie als Private. Dies ist der Fall, wenn sie Rechtswidrigkeiten begehen, denn die Existenz des Verbandes erstreckt sich nur auf rechtmässiges Verhalten und wenn dieser trotzdem haftet, so beruht dies einzig auf einem gesetzgeberischen Postulate. — Haff sieht dagegen in der vollen Deliktsfähigkeit der Personenverbände die praktisch wichtigste Konsequenz der Organtheorie. Ihre auf dem relativ eiheitlichen Sonderwillen beruhende Wirkungsfähigkeit bilde die reelle Grundlage für ihre Haftung aus dem Verhalten der Organe.[159] — Erwähnt sei schliesslich die Stellungnahme des schweizerischen Bundesgerichts, das, wie aus den Entscheiden 31 II 243 und 710 ersichtlich ist ursprünglich der Organtheorie der Genossenschaftslehre gefolgt ist, um dann in 41 I 213 die strafrechtliche Deliktsfähigkeit der juristischen Personen auf der Grundlage ihres selbständigen Willens ausdrücklich abzulehnen[160] — unter Vorbehalt des Polizei- und Verwaltungsrechts.

3. Die Deliktsfähigkeit nach dem Interesseprinzip.

a) Deliktsbegriff und Strafzweck.

Die aus der vorangegangenen Konstruktion der Personenverbände auf der Grundlage des Interesseprinzips sich ergebende Realität derselben vereinfacht die Frage nach ihrer Deliktsfähigkeit erheblich. Denn für die Realitätstheorien kann das Problem nicht mehr darin liegen, die Fähigkeit des Personenverbandes als solchen zur selbständigen Verwirklichung eines deliktischen Tat-

---

[157] A. Mamelok, Die juristischen Personen im Internationalen Privatrecht. Diss. Zürich 1911.

[158] W. Burckhardt, Organisation, S. 330 f.; ferner S. 419 ff.

[159] K. Haff, Persönlichkeitslehre, S. 249.

[160] Vergl. auch: BGE 23 I 336; 39 I 399; 32 II 518; 41 I 538; 45 I 334.

bestandes zu konstruieren. Diese Fähigkeit ist vielmehr mit ihrer Realität gegeben, die, wie auch Hafter ursprünglich betont, einen Bereich des Könnens begründet, der den Bereich des rechtlichen Dürfens unbegrenzt überschreitet: die Rechtsordnung kann unabhängig von der auf den rechtmässigen Verbandszweck beschränkten Rechtsfähigkeit eines Verbandes durch diesen verletzt werden. Das Problem der Deliktsfähigkeit der Personenverbände stellt sich dagegen wie folgt dar: kann die durch einen Verband begangene Rechtsverletzung als Delikt im vollen Sinne des Wortes betrachtet werden, d. h. zeitigt sie die normalen Deliktsfolgen, führt sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich, und dies mit Bezug auf den Verband als solchen? Dem Versuche der Beantwortung dieser Frage muss zwangsläufig zunächst die Erforschung des Wesens der strafrechtlichen Verantwortlichkeit überhaupt vorangehen, bildet doch die Klarstellung der begrifflichen Grundlagen den Ausgangspunkt für jede theoretische Betrachtung.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Person beruht auf einem Komplex von Tatsachen, welche die Verhängung des Rechtsnachteils der Strafe über diese rechtfertigen und deren Inbegriff als die menschliche Totalschuld bezeichnet werden kann. Der Begriff der Schuld ist, je nach dem Umfange der Tatsachen, die im Einzelfalle eine persönliche Verantwortlichkeit begründen, vielfachen Abstufungen zugänglich. Seine Substanz aber begründet, ungeachtet ihres konkreten Umfanges, stets eine entsprechende Verantwortlichkeit und die Betrachtung der einzelnen Schuldvoraussetzungen muss daher die Erkenntnis des Wesens der menschlichen Verantwortung vermitteln. Nun stellt die Schuld des Individuums eines jener der rechtstheoretischen Untersuchung schwer zugänglichen Gebiete dar, in welchen der z. T. metajuristische Charakter der Materie die Ansichten weit auseinanderführt, so dass die letzten Probleme der Schuldlehre noch nicht als endgültig gelöst anzusehen sind und der Schuldbegriff selbst nicht vollkommen eindeutig feststeht.[161] So empfiehlt sich denn hier, wie überall wo Unsicherheiten vorzuliegen scheinen, das Zurückgreifen auf axiomatische Unterlagen.

---

[161] Vergl. E. Hafter, Lehrbuch, S. 92 f. — Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1932. S. 221 ff. — C. Binding, Die Schuld im deutschen Strafrecht. 1919. — F. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit. 1910.

Das Recht, als die Regelung individuellen Verhaltens innerhalb der organisierten Gemeinschaft, kann seiner Aufgabe nur soweit gerecht werden, als seine Bestimmungen befolgt werden. Diese Befolgung sucht die Rechtsordnung, wie schon ausgeführt, dadurch zu sichern, dass sie ihre Nichtbefolgung durch Anknüpfung unliebsamer Folgen uninteressant oder besser: zu einem negativen Interesse macht. Die Respektierung des grössten Teiles der Rechtsordnung ist nun deshalb relativ leicht zu garantieren, weil seine Bestimmungen zufolge ihrer ethischen Begründung mit den allgemeinen Interessen des Normalmenschen sehr wohl vereinbar sind; resp. weil die Interessen, mit denen sie allenfalls kollidieren könnten, zufolge der vernunftmässigen Begründung des Rechts normalerweise keine sehr schwerwiegenden sind und sich daher leicht kompensieren lassen. Zu diesem Zwecke kommen neben der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung der Rechtsordnung auch negative Interessen wie Bussen, sonstige Rechtsnachteile, Prozesskosten u. a. m. in Betracht. Nun verhalten sich die menschlichen Interessen, als die im positiven oder negativen Sinne für die Entwicklung des Individuums bedeutungsvollen Beziehungen desselben zu Tatsachen der Aussenwelt, zueinander wie die subjektiv bewussten Werte der Güter, auf welche sie sich beziehen. Jene Bestimmungen der Rechtsordnung die das menschliche Verhalten mit Bezug auf qualifizierte Rechtsgüter regeln, bedürfen daher aus einem doppelten Grunde der Garantie durch qualifizierte Rechtsfolgen ihrer Nichtbeachtung. Einmal muss, schon allein in Anbetracht des höheren Wertes der zu schützenden Rechtsgüter, die Relativität, die der Verbindlichkeit des Rechts anhaftet, für die betreffenden Normen nach Massgabe ihres Schutzobjektes der absoluten Verbindlichkeit angenähert werden. Zweitens müssen die auf qualifizierte Güter bezüglichen Normen der Möglichkeit gewachsen sein, im konkreten Falle besonders intensiven, entgegengesetzten Individualinteressen zu begegnen, welche das vermutliche durchschnittliche negative Interesse der meisten Individuen an entsprechenden Rechtsfolgen weitaus übersteigen können. Diese Ueberlegungen zeigen einen der Hauptgründe für die Anknüpfung des Rechtsnachteils der Strafe an die Erfüllung der vom Normenkomplex des Strafrechts zusammengefassten Tatbestände auf: die Generalprävention. In der Tat ist die präventive Funktion des Strafrechts, die auf die Verhinderung von Unrecht

gerichtet ist, die sozial wertvollste und daher wichtigste seiner Aufgaben: ihre Erfüllung auf der Grundlage der Autorität der staatlichen Rechtsordnung bedeutet die Verwirklichung des primären Interesses der Gemeinschaft an der Aufrechterhaltung der Rechtsidee im qualifizierten interindividuellen Interessenverkehr. Durch den staatlichen Eingriff in die Rechtsgüter Derjenigen, die sich strafrechtswidrig verhalten, verfolgt die Gemeinschaft jedoch noch andere Zwecke, die für das Wesen der Strafe bezeichnend sind. Als objektive Strafzwecke, die generell gegen jeden Täter gerichtet sind, kann man ausser der Generalprävention die interessenmässige Wiedergutmachung des Schadens sowie die Wahrung der staatlichen Autorität und die Verwirklichung der Rechtsordnung bezeichnen. Im Gegensatz zu diesen objektiven Strafzwecken, welche von der Tatsache des schädlichen Erfolges ausgehend, die Strafe zum logischen Korrelate der Rechtsverletzung stempeln, nehmen die als subjektiv bezeichenbaren Strafzwecke auf die Person des Täters Bezug. So die Spezialprävention, die eine weitere Rechtsverletzung durch denselben Täter zu verhindern sucht, indem sie ihn bessert oder unschädlich macht. Hierher gehört ferner der Strafzweck der Vergeltung, der zwei Elemente nebeneinander enthält: die Vergeltung des Staates und diejenige des Geschädigten, die beide durch das Delikt verletzt werden. Wenn auch die neuere Kriminalpsychologie die Tendenz aufweist, das Prinzip der Vergeltung als einer ethisch hochstehenden Gemeinschaft unwürdig fallenzulassen, so bildet es doch nach wie vor einen Hauptzweck der Strafe in ihrer psychologischen Bedeutung. Der Gedanke der Vergeltung ist älter als das Recht. Wer seine eigenen Interessen unter Verletzung fremder Sphären verwirklicht, entäussert sich des Anspruchs auf Respektierung seiner Sphäre durch Dritte; diese erscheinen ethisch befugt, sich durch einen adäquaten Eingriff in die Güter des Friedensbrechers schadlos zu halten. Soweit sich dabei das eigentlich verletzte Rechtsgut nicht wiederherstellen oder durch ein gleichwertiges ersetzen lässt, kann das im menschlichen Bewusstsein verankerte Gerechtigkeitsgefühl, das nun einmal die Wiederherstellung der ursprünglichen Interessenlage durch eine Wiederbereicherung des Verletzten auf Kosten des Verletzers fordert, nicht anders befriedigt werden, als dadurch, dass wenigstens das psychische positive Interesse, das der Verletzte in den meisten Fällen in der Zufügung eines gleichwertigen sonstigen

Uebels an den Täter erblickt, zu verwirklichen gesucht wird. Die Ueberzeugung der ethischen Zulässigkeit dieser zwangsweisen Interessenkompensation findet ihren primitiven Ausdruck im uralten Prinzipe der Blutrache. Nachdem die staatliche Rechtsordnung diese Selbsthilfe untersagt, steht ihr die Aufgabe zu, den Interessenausgleich im Sinne der Gerechtigkeit nach der Idee des Rechts vorzunehmen und zugleich im Namen der Gemeinschaft für die Verletzung ihrer Gesamtinteressen Vergeltung zu üben.

Diese verschiedenen Strafzwecke erscheinen als variable, komplementäre Faktoren und bestimmen sich ihrer Einzelbedeutung nach erst im konkreten Falle nach der besonderen Art des Delikts, wobei einzelne von ihnen mehr oder weniger zurücktreten können. In der idealen Strafe aber, für deren Verhängung allein die vollwertige, hier gesuchte Deliktsfähigkeit Voraussetzung ist, müssen diese Strafzwecke vollständig und ohne spezifische Wertung zur Berücksichtigung gelangen; denn im Prinzip ist jeder Strafzweck, dessen Erfüllung eine Teilvoraussetzung der Idealstrafe und damit der idealen Deliktsfähigkeit bildet, für deren konstruktive Erfassung wesentlich. Für das Weitere sind nämlich folgende Ueberlegungen wegweisend, im Verlaufe welcher unter Strafe stets die ideale, sämtliche Strafzwecke vereinigende Strafe, unter Deliktsfähigkeit die unbeschränkte Möglichkeit der Verhängung dieser Idealstrafe über ein Individuum zu verstehen ist. Die Verhängung des in einem gewaltsamen Eingriffe in die Rechtsgüter des Täters bestehenden Rechtsnachteils der Strafe lässt sich nach der Idee des Rechts nur rechtfertigen, wenn dadurch positive Gemeininteressen zu verwirklichen sind. Die Gemeinschaft hat wiederum nur dann und nur soweit ein Interesse an der Strafe, als diese ihre Zwecke erreicht. Diese Zwecke, die oben dargestellt wurden, kann eine Strafe jedoch nur erreichen, wenn in dem Individuum, über das sie verhängt wird, gewisse Voraussetzung erfüllt sind, die seine Bestrafung zweckmässig erscheinen lassen; ist dies nicht der Fall, so kann die Strafe ihren Zweck nicht erreichen und lässt sich daher nicht rechtfertigen: das betreffende Individuum ist nicht deliktsfähig. Daraus folgt, dass das Studium der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit sich die einzelnen Strafzwecke erreichen lassen, die Einsicht in das Wesen der Deliktsfähigkeit vermitteln und daher im Folgenden unternommen werden muss.

b) Die Erreichbarkeit der Strafzwecke als Voraussetzung der Deliktsfähigkeit.

aa) Die objektiven Strafzwecke. Der Strafzweck der Generalprävention kann nur erreicht werden, wenn die Individuen, auf deren Verhalten sich die Bestimmungen des Strafrechts richten, in der Lage sind, sich durch Vermittlung einer erkennenden Vernunft der Strafen, welche an tatbestandsmässige Verhaltensweisen geknüpft sind, als negativer Interessen bewusst zu werden; und sie in eine subjektive Sphäre einzubeziehen, innerhalb welcher sie die psychischen Voraussetzungen für ein rechtmässiges Verhalten zu schaffen berufen sind. Die Verhinderung von Unrecht kann das Strafrecht also nur erreichen, wenn es vernunftbegabte Träger einer selbständigen Interessensphäre mit Strafe bedroht. Da aber nur bestraft werden kann, wer generell bedroht worden ist, sind auch nur solche der Bestrafung zugänglich, d. h. im eigentlichen Sinne deliktsfähig.—Der Strafzweck der Wiedergutmachung liefert eine weitere Voraussetzung des Delikts; er lässt sich nämlich sinngemäss nur rechtfertigen, wenn das Verhalten des zu Bestrafenden im Kausalzusammenhang zum tatbestandsmässigen Erfolge steht, d. h. wenn es eine notwendige Bedingung, causa sine qua non, für denselben darstellt. Da es kein uninteressiertes menschliches Verhalten gibt, muss Derjenige, dessen Verhalten für den schädlichen Erfolg kausal war, durch dasselbe ein positives Interesse verwirklicht haben; nach menschlichem Empfinden kommt er daher für die Wiedergutmachung durch einen Interessenausgleich umsoeher in Betracht, je unmittelbarer sein Verhalten in der Kausalreihe jenem Erfolge vorangeht. Abgesehen von dieser positiv bedingenden Wirkung des Kausalzusammenhanges liegt seine Bedeutung hauptsächlich in der negativen Beweiskraft seines Nichtvorliegens, das jede Beziehung zu einem Erfolge überhaupt unterbindet, während sein Vorhandensein eine Schuldbeziehung zwar ermöglicht, nicht aber bedingt. — Der Strafzweck der Bewährung der Rechtsordnung kommt nur dann in Frage, wenn das Verhalten, an das die Strafe geknüpft werden soll, tatbestandsmässig rechtswidrig war, d. h. unter einen strafrechtlichen Tatbestand subsumiert werden kann, — was somit eine rein sachliche Voraussetzung der Strafe ergibt. Der Strafzweck der Wahrung der Staatsautorität dagegen kann wiederum nur erreicht werden, wenn gewisse Voraussetzungen mit Bezug auf die Person des Täters erfüllt sind. Wie v. Liszt

gezeigt hat[162] beruht der doppelte Charakter des Strafrechts darin, dass es nicht nur als Bewertungsnorm erscheint, die ein Verhalten objektiv qualifiziert, sondern auch als Bestimmungsnorm fungiert, die den Willen der organisierten Gemeinschaft positiv wiedergibt, die vorschreibt, was sein soll und was nicht, und dadurch dem menschlichen Verhalten in der Psyche des Einzelnen eine Wert- und Gefühlsbetonung verleiht, d. h. in sein Bewusstsein den Begriff der Pflicht gegenüber dem Staate verpflanzt. Das Recht als autoritative Bestimmungsnorm kann aber nur dann als verletzt gelten, wenn sich keine störenden Umstände zwischen die Individualpsyche, in der sich die Verletzung nur abspielen kann, und die konkrete Norm einschalten. In diesem Sinne kommt die Unzurechnungsfähigkeit des Täters in Betracht: war dieser berauscht, in seinem Bewusstsein beeinträchtigt, wahnsinnig, so kann von einer Verletzung der Bestimmungsnorm durch ihn keine Rede sein, der Strafzweck der Autoritätswahrung fällt dahin: der psychische Bereich des Täters war ausgeschaltet. Ebenso verhält es sich, wenn der schädliche Erfolg nicht voraussehbar war; der Mangel der Voraussehbarkeit, bei Zugrundelegung der Voraussicht des Durchschnittsmenschen, unterbricht den Zusammenhang zwischen der Psyche des Täters und dem Erfolge, so dass auch hier die Erreichung des obigen Strafzweckes unmöglich wird. Dasselbe ist endlich der Fall, wenn bei objektiver Betrachtung für den Normaladressaten der Rechtsordnung keine Möglichkeit bestand, sich der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst zu werden.

Sind die besprochenen Voraussetzungen, unter denen die verschiedenen Strafzwecke sich erreichen lassen, erfüllt, so erscheint die Verhängung der Strafe objektiv betrachtet als gerechtfertigt. In diesem Sinne kann man von einer objektiven Schuld des Täters sprechen, — einem Schuldmoment, welches seine rein logische Verantwortung in sachlicher Hinsicht begründet: er hat durch rechtswidriges Verhalten einen Erfolg kausal herbeigeführt, den er hätte vermeiden sollen und den der Idealadressat der Rechtsordnung hätte vermeiden können. Ob und in welchem Masse aber die Verhängung der Strafe sich auch subjektiv, d. h. unter Berücksichtigung des spezifischen Bewusstseins des Täters rechtfertigen lässt,

---

[162] Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1932. S. 173 ff., 221 ff.

hängt weiterhin von der Zweckmässigkeit der Strafe im Sinne der subjektiven Strafzwecke ab.

bb) Die subjektiven Strafzwecke. Der Strafzweck der Vergeltung, also der zwangsweisen Interessenkompensation zum Nachteile des Täters, kann nur einen Sinn haben, wenn dieser tatsächlich mit dem Erfolge ein positives Interesse verwirklicht hat; wenn also die Vorstellung des Erfolges in seinem Bewusstsein zur Bildung eines auf diesen gerichteten Willens geführt hat, als dessen Ausdruck das deliktische Verhalten zu betrachten ist. Dies kann nur der Fall gewesen sein, wenn auch subjektiv, nämlich innerhalb des psychischen Bereiches des Täters, die Voraussetzungen für die vernunftgemässe Erfassung des Erfolges gegeben waren und ihm nicht etwa ein Irrtum unterlaufen ist. So muss die subjektive Voraussehbarkeit bestanden haben, die ja im Einzelfalle infolge der Ungleichheit menschlicher Begabungen wesentlich von der objektiven abweichen kann. Ebenso muss der Täter sich faktisch der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst gewesen sein, nicht nur objektiv die Möglichkeit dazu gehabt haben, denn nur dann ist die volle Beziehung zwischen dem Delikte und der Psyche des Täters hergestellt, die es erlaubt, seine Tat als die bewusste Verwirklichung eines Interesses zu betrachten, das im Namen der Gerechtigkeit zwangsweise kompensiert werden muss. Diese zwei subjektiven Voraussetzungen der Strafe werden durch diejenige ergänzt, von welcher die Zulässigkeit derselben mit Hinblick auf die Erreichung des Strafzweckes der Spezialprävention abhängt. Die Bestrafung eines Täters mit dem Zwecke, ihn von weiteren Delikten abzuhalten, hat nur einen Sinn, wenn der fehlerhafte psychische Prozess, auf Grund dessen das rechtswidrige Verhalten zustandegekommen ist, als Ausdruck der bleibenden Eigenart des Täters gewertet werden kann. Vom spezialpräventiven Standpunkte lässt sich die Strafe also nur rechtfertigen, wenn der Täter nicht etwa im Affekte, sondern auf Grund seiner spezifischen, sozialgefährlichen Eigenart delinquiert hat, die es zu bessern resp. unschädlich zu machen gilt.

Die besprochenen subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit eines Individuums können zusammenfassend als seine subjektive Schuld bezeichnet werden. Diese begründet seine Verantwortlichkeit im rechtsphilosophischen Sinne und erlaubt es, ihm seine objektive Schuld auch tatsächlich vorzuwerfen. Denn wenn

das normal arbeitende Bewusstsein eines Menschen einen Erfolg in seiner ganzen kausalen und rechtlichen Tragweite erfasst hat, ist die Gemeinschaft befugt, ihn zur Rechenschaft zu ziehen. Dies beruht nach Stammler darauf, dass die Möglichkeit des Menschen, sich zu einer höheren Idee zu entwickeln, seinen Begriff zu verwirklichen, ihm die subjektive Freiheit verleihe, indem sie ihm die Entwicklung von der Unfreiheit der Natur zur Freiheit der Sittlichkeit ermögliche; diese Freiheit mache das Wesen des subjektiven Geistes des Menschen aus, begründe aber auch seine Verantwortlichkeit für sein Verhalten, das ihm von der objektiven Vernunft angerechnet werden könne, weil er sich als Subjekt wisse. Die Schuld ist laut Stammler nicht ein Urteil über den Täter, sondern seine Anerkennung als freies, vernünftiges Wesen, das sein Verhalten auf Grund eigener Ueberlegungen bestimme, weshalb ihn dessen rechtliche Folgen zu treffen vermögen. Der Mensch dagegen, der sich nicht auf die Höhe des moralischen Bewusstseins erheben kann, ist im Rechtssinne unfrei und kann für sein Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden.

Als das Resultat dieser Betrachtungen kann festgehalten werden, dass die Deliktsfähigkeit eines Wesens seine Fähigkeit bedeutet, durch Erfüllung der Voraussetzungen, unter denen eine Strafe sich rechtfertigen lässt, eine solche auf sich zu ziehen; oder: den Inbegriff jener Eigenschaften darstellt, welche die Erreichung der verschiedenen Strafzwecke gewährleisten. Nachdem diese Voraussetzungen bzw. Eigenschaften dargestellt wurden, ist der Inhalt des Deliktsfähigkeitsbegriffs bekannt und es verbleibt nur noch zu untersuchen, ob und wie weit er auf einen Personenverband Anwendung finden kann.

cc) Die Schuld der Kollektivität. Wenn man die kennengelernten objektiven Voraussetzungen der Strafe unter dem Begriffe der objektiven Schuld vereinigt, und die Erfüllung der subjektiven Strafvoraussetzungen durch ein Individuum als seine subjektive Schuld bezeichnet, so lässt sich feststellen, dass die erstere gleichsam als die logische Beziehung zwischen einem rechtswidrigen Erfolge und dem Verhalten eines Täters erscheint, während in der subjektiven Schuld die psychische Fortsetzung dieser Beziehung vom sträflichen Verhalten bis zu seinem Normalbewusstsein erblickt werden kann. Die subjektive Schuld stellt das Mass dar, in welchem die objektive dem Täter anzurechnen ist und kann je

nach ihrer Intensität in verschiedene Grade von Fahrlässigkeit abgestuft werden, die sich zwischen den extremen Fällen des Vorsatzes einerseits, des Zufalls anderseits bewegen; hiervon kann jedoch, da es sich hier um prinzipielle Erörterungen handelt und sämtliche Schuldformen auf dasselbe Schuldprinzip zurückgehen, abgesehen werden. Festgehalten sei lediglich, dass die menschliche Schuld in ihrem weitesten Sinne als Totalschuld eine logisch-psychische Beziehung zwischen einem konkreten (strafrechtlichen) Tatbestande und dem Bewusstsein eines Individuums darstellt, die nur in ihrer ununterbrochenen Ganzheit, nicht aber in ihren einzelnen Phasen, von prinzipieller Bedeutung sein kann. Diese Bedeutung aber besteht eben darin, dass die an die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes, an ein Delikt, geknüpfte Strafe nur über den verhängt werden kann, dem eine entsprechende Schuld nachzuweisen ist. Die Frage nach der Deliktsfähigkeit der Personenverbände lässt sich somit aus systematischen Gründen und im Interesse der Klarheit in die Frage kleiden, ob gegen einen Verband als solchen mit Bezug auf ein Delikt ein Schuldvorwurf im besprochenen Sinne erhoben werden könne.

Was zunächst die objektive Schuld anbelangt, so kann es als erwiesen betrachtet werden, dass ein Personenverband durch sein zuständiges Organ und auf Grund seiner Realität als bewusstseinsbegabter Träger einer selbständigen Interessensphäre eine Strafandrohung in ihrem präventiven Sinne zu erfassen vermag und als solcher auch eines eigenen kausalen und rechtswidrigen Verhaltens fähig ist, das ihm objektiv vorgeworfen werden kann, wenn sein Verbandsbewusstsein normal funktionierte und die Rechtswidrigkeit des Verhaltens für den Normaladressaten der Rechtsordnung erkennbar, der schädliche Erfolg für denselben voraussehbar war. Da sich aber eine objektive Schuld einem Wesen nur in dem Masse anrechnen lässt, als es auch subjektiv schuldig erscheint, hängt die Deliktsfähigkeit des Verbandes des weiteren von der Möglichkeit ab, gegen ihn als solchen einen subjektiven Schuldvorwurf zu erheben. Da sich dieser gegen das Normalbewusstsein richtet, wird diese Möglichkeit davon abhängen, wie sich das Verbandsbewusstsein darstellt, das den Willen produziert hat, der zum sträflichen Verhalten führte. — Wenn sich Mehrere zu einer Kollektiveinheit zusammenschliessen, so begeben sie sich mit dem Konstitutivakte ihrer selbständigen Rechtspersönlichkeit

innerhalb des Bereiches, für den die Einheit gelten soll; zugleich gehen sie, — dies alles stets nur mit Wirkung für den zweckbestimmten Bereich, — als Teile in das Gesamtbewusstsein ein und unterwerfen sich dem generellen Verfahren, nach welchem dieses ein einheitliches Willensprodukt produzieren soll. Innerhalb des Kollektivbereiches, — der für die hier in erster Linie interessierenden Handelsgesellschaften durch ihren wirtschaftlichen Zweck markiert ist, — sieht sich daher die Minderheit in der Vollversammlung durch die Beschlüsse der Mehrheit gebunden. Beschliesst nun eine Mehrheit ein deliktisches Verhalten, so darf angenommen werden, dass die Minderheit nicht gebunden wird, da dieser Beschluss aus dem Bereiche fällt, für den sie sich zu Mitträgern des Kollektivbewusstseins konstituiert hat, innerhalb dessen sie der Mehrheit unterworfen ist. Anhand des Abstimmungsprotokolls wird sich in einem solchen Falle die verantwortliche Bewusstseinsgrösse feststellen lassen, in deren korrelative Interessensphäre der Eingriff der Strafe zu erfolgen haben wird; dies liesse sich z. B. in der Weise durchführen, dass der Verband unter Auszahlung der Unschuldigen aufgelöst und das übrige Vermögen einer interessenmässig angemessenen Verminderung unterzogen wird. Einfacher liegen die Dinge, wenn der Beschluss zum deliktischen Verhalten einstimmig erfolgt: dann nehmen sämtliche Individuen an einem verantwortlichen Gesamtbewusstsein teil, über dessen korrelative Interessensphäre die Strafe verhängt werden muss. Die Verbandsstrafe als negatives Interesse einer Gesamtsphäre hat so beschaffen zu sein, dass sie den für die zu treffende Sphäre typischen Interessen entspricht, d. h. in den Bereich fällt, innerhalb welchen die innere Verbandsorganisation spielt und negative Gesamtinteressen in negative Einzelinteressen überführt. Als der Typus der Verbandsstrafe für die Handelsgesellschaften und die meisten Ver bände überhaupt erweist sich daher die Geldstrafe, eventuell verbunden mit der Auflösung. Ihre Verhängung aber wird durch die auf dem Kollektivbewusstsein lastende subjektive Schuld der Gesamtheit ermöglicht, wenn diese den Erfolg voraussah und sich seiner Rechtswidrigkeit bewusst war; und erst recht, wenn die psychische Gesamteinstellung, auf deren Grundlage das deliktische Willensprodukt zustandekam, für diese Gesamtheit typisch ist. Denn dann erscheint sowohl der Strafzweck der Vergeltung, wie

jener der Spezialprävention gerechtfertigt und es liegt der Idealfall des vollwertigen Delikts vor.

Anders verhält es sich bei Verbänden, die eine äussere Organisation aufweisen. Das verantwortliche Bewusstsein des Organs kann nur im Rahmen jenes Bereiches als das Bewusstsein der von ihm dargestellten Gesamtheit angesehen werden, mit Geltung für welchen die Einzelnen es ihrem eigenen Bewusstsein substituiert haben. Wenn daher ein Organ im Namen des Verbandes ein Delikt begeht, so darf angenommen werden, dass es den Zweck, innerhalb dessen seine Zuständigkeit es mit Wirkung für den Verband auftreten lässt, überschritten hat. Das Bewusstsein, das den deliktischen Willen produziert hat, kann nicht als dasjenige des Verbandes gelten, sondern seine Verantwortlichkeit begründet eine private subjektive Schuld der Organperson. Wenn daher auch die objektive Schuld dem Verbande zugeschrieben werden zu können scheint, weil das Organ in seinem Namen, d. h. in Vertretung der Gemeinsphäre aufgetreten ist, so muss doch die Strafe grundsätzlich über die persönliche Interessensphäre des Organs verhängt werden. Dessen subjektive Schuld erscheint allerdings durch den Umstand herabgesetzt, dass es interessenmässig als Organ und nicht als Privatperson gehandelt hat. Abgesehen davon, dass seine Schuld vielfach nur einen Fahrlässigkeitsgrad erreichen wird, muss nämlich berücksichtigt werden, dass ein als Organ handelnder Täter an dem Erfolge seines Verhaltens nur relativ interessiert ist und faktisch die Interessen der Gesamtheit zu wahren bestrebt ist. Ob und inwieweit daher im konkreten Falle auch die interessierte Gesamtsphäre bei der Befriedigung wenigstens der objektiven Strafzwecke mitzubelasten ist, der Verband also für das Organ eintreten soll, ist eine Frage der Gesetzgebungspolitik, auf die hier nicht einzugehen ist. Besteht ein Organ aus einer Mehrheit von Individuen, die ein Kollektivbewusstsein erzeugen, so ist es nach dem oben beschriebenen Prinzipe als Kollektiveinheit zu bestrafen. War hingegen der Zweck, für den der Verband begründet wurde, an sich schon unrechtmässig, d. h. schloss der Bereich, für den die Verbandsorganisation bindende Wirkung haben sollte, das durch ein Organ begangene Delikt mit ein, — man denke an das Schulbeispiel der Räuberbande, — so erscheint das betreffende Organ durch die Verbandsorganisation gedeckt, sein verantwortliches Bewusstsein kann

als jenes des Verbandes gelten und dieser wird in corpore strafbar. Als Verbandsstrafe eignet sich in diesem Falle jedes negative Gesamtinteresse, das sich in Sonderinteressen auflösen lässt und somit die eigentlichen Destinatäre der Verbandsstrafe nach Massgabe ihrer individuellen Beteiligung zu treffen vermag, wobei dann die praktische Verwirklichung des negativ-interessenmässigen Anteils des Einzelnen Sache eines Ermessens bleibt, das die Verwirklichung der im Einzelfalle angebrachtesten Strafzwecke im Auge zu behalten haben wird.

In Zusammenfassung dieser Betrachtungen kann abschliessend die Deliktsfähigkeit der Personenverbände als strafrechtliches Prinzip bejaht werden.

Ergebnis:

Die Konstruktion der Personenverbände nach dem Verfahren, das vorangehend als die zu befolgende Methode der Rechtstheorie festgelegt wurde und in welchem soziologische Gegebenheiten, rechtsphilosophische Betrachtungen und logische Folgerungen im Dienste der übergeordneten Rechtsidee zusammenwirken, ergibt als das einheitliche Prinzip aller selbständig auftretenden Verbände ihre theoretische Rechtssubjektivität als (auch deliktsfähige) Kollektiveinheiten. Es hat sich gezeigt, dass den Personengesellschaften das Recht der Persönlichkeit prinzipiell gleicherweise zukommt, wie den Kapitalgesellschaften und den anderen Verbänden, welche nach Gesetz die Persönlichkeit tatsächlich geniessen. Wenn ihnen auch das geltende Recht keine selbständige Persönlichkeit zuerkennt, so kann und muss daher wenigstens der Praxis nahegelegt werden, in Behebung dieses formellen Mangels die Personengesellschaften grundsätzlich und ausnahmslos als juristische Personen zu betrachten. Diese Forderung bezieht sich namentlich auch auf das Gebiet des internationalen Privatrechts, in welchem ihre Berücksichtigung, wie noch zu zeigen sein wird, von besonderer praktischer Tragweite sein müsste. Das internationale Privatrecht gewinnt in der heutigen Zeit mehr und mehr an Bedeutung. Die Verwertung rechtstheoretischer Ergebnisse mit Hinblick auf eine fruchtbare Fortbildung dieser heute noch ungenügend entwickelten und insbesondere von der theoretischen Rechtswissenschaft vernachlässigten Materie bildet daher eine Aufgabe, welcher insbesondere im Bereiche des Handelsrechts jede Abhandlung gerecht zu werden versuchen muss, die Anspruch auf allgemeinrechtlichen

und auch praktischen Wert erheben will. Im Folgenden ist somit, nach der Darstellung der Problematik der Rechtsstellung der Personengesellschaften im heutigen I. P. R., der Versuch zu unternehmen, durch Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse im Bereiche des internationalen Gesellschaftsrechts einen Beitrag zur methodischen Durchdringung dieses Rechtsgebietes zu leisten.

II. TEIL

Das internationale Privatrecht

I. ABSCHNITT

Die Rechtsvergleichung als Grundlage

I. Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht

1. Die Beziehung der beiden Materien.

Das positive Recht ist als wirkende Realität in Zeit und Raum begrenzt. Sein Geltungsbereich ist durch das Medium festgelegt, an das seine Entstehung und Existenz gebunden ist: die im Staate organisierte Gemeinschaft. Die Tatsache, dass Angehörige verschiedener Staaten miteinander in privatrechtlichen Verkehr treten, lässt das Problem entstehen, welches einzelstaatliche Recht auf Rechtsverhältnisse anzuwenden sei, die in irgendeiner Hinsicht Beziehungen zu verschiedenen Staaten aufweisen. Der Inbegriff jener Normen, die zu bestimmen suchen, welche von verschiedenen nebeneinander bestehenden Rechtsordnungen im Einzelfalle angewendet werden soll, hat die Bezeichnung internationales Privatrecht (IPR.) erhalten, die mit Recht vielfach angefochten wird. Viele bestreiten den internationalen Charakter der betreffenden Normen, die doch keine über den Bereich des sie erlassenden Staates hinausgehende Geltung haben können. Oft wird auch die Bezeichnung «privat» angefochten und darauf hingewiesen, dass es sich ja um staatliche, zwingende Regeln handle. Zu wenig wird aber meist beachtet, dass dieselben überhaupt kein Recht im eigentlichen Sinne darstellen, sondern einen kärglichen Komplex von Anwendungsbestimmungen des Rechts. Da es sich hier lediglich darum handelt, gewisse Grundlagen für die Betrachtung des internationalen Gesellschaftsrechts zu schaffen, kann auf

derlei Streitfragen nicht eingegangen werden.[1] Die Rechtfertigung, die zugunsten des Namens «IPR.» geltend gemacht zu werden pflegt, nämlich dass er allgemein eingebürgert sei, lässt sich hören, solange diese Bezeichnung die klare Abgrenzung der betreffenden Materie von der Rechtsvergleichung, dem Fremdenrechte und dem Völkerrecht einerseits, dem internationalen Straf-, Verwaltungs- und Prozessrechte anderseits gewährleistet.[2] Der Streit um Wesen und Methode des IPR. ist so alt wie dieses selber.[3] Der heute herrschenden Auffassung liegt die Lehre Kahns zugrunde, wonach das konkrete IPR. zwar wohl aus Sinn und Tendenzen des einzelstaatlichen positiven Rechts erwächst; bei seiner Bildung ist aber der Gesetzgeber gezwungen, auf die internationale Rechtssicherheit Rücksicht zu nehmen, indem er sich das Ideal der internationalen Gesetzesharmonie zum Ziele macht.[4] Die Kollisionsnorm ist somit das Produkt aus zwei verschiedenen Faktoren: dem innerstaatlichen und dem zwischenstaatlichen Rechtsverkehr. Eine ausgedehnte Rechtsvergleichung ist daher neben der Berücksichtigung der eigenen Rechtsordnung die unentbehrliche Vorarbeit für die Abgrenzung der Rechtsordnungen. Denn wie Kahn betont, lässt sich nur dann beurteilen, welche Kollisionsnormen berufen sind, Gesetzeskonflikte in der richtigen Weise zu lösen, welche Anknüpfungen sich zur Erzielung internationaler Gesetzesharmonie eignen, wenn man die Ziele der fremden wie der eigenen Sachregelung kennt und daher zu entscheiden vermag, welche materiellen Rechtszwecke der internationalen Rechtssicherheit am ehesten geopfert werden dürfen. Jede Kollisionsnorm ist daher mit Bezug auf ihre Entstehung wie auf ihre Auslegung und Anwendung

---

[1] Vergl. für diese Frage vor allem: E. Zitelmann, IPR, Bd. I, S. 199 ff. — Th. Niemeyer, Methodik des IPR, 1894. S. 31. — F. Kahn, Abhandlungen zum IPR, 1928, Bd. I, S. 255. — W. Burckhardt, Die Allgemeingültigkeit des IPR, Festgabe E. Huber. 1919.

[2] In Frankreich wird allerdings unter «droit international privé» eine viel umfassendere Materie verstanden (vergl. Pillet Niboyet, Manuel de droit international privé. 1924). In England kommen die Bezeichnungen «Conflict of Laws» und «Private international Law» nebeneinander vor. Im deutschen Sprachgebiet finden sich etymologische Versuche wie «Grenzrecht» (E. Frankenstein, IPR, Bd. 1—IV, 1926 ff.) und «Aussenprivatrecht» (A. F. Schnitzer, Handbuch des IPR, 1937); gebräuchlich ist ferner der Name «Kollisionsrecht», «Kollisionsnorm».

[3] Vergl. über die Geschichte des IPR: Pillet-Niboyet, Manuel, S. 326 ff.

[4] F. Kahn, Abhandlungen zum IPR, Bd. I, S. 491 ff.

auf die Rechtsvergleichung angewiesen. «Die materielle Rechtsvergleichung ist und bleibt das Fundament des IPR.»[5]

2. Wesen und Aufgabe der Rechtsvergleichung.

Die Rechtsvergleichung ist eine Sonderdisziplin der Rechtswissenschaft, die danach fragt, wie bestimmte Probleme durch verschiedene Rechtsordnungen gelöst werden und die sucht, durch kritische Bewertung dieser Lösungen die Grundlage für eine zukünftige richtige Gesetzgebung zu gewinnen.[6] Als solche darf sie nicht mit der blossen Kenntnis fremden Rechts verwechselt werden, die zur gesetzgeberischen Nachahmung dienen soll. Wohl war die Rechtsvergleichung lange Zeit nicht viel anderes, als eine Materialanhäufung ohne höheres Ziel; doch die neuere Rechtsphilosophie hat versucht, eine Methode der vergleichenden Rechtswissenschaft zu begründen, die es ermöglichen soll, das vorhandene Material erkenntnismässig zu verwerten. Die Grundlage hierzu bildete die Einsicht, dass Analogien, die sich zwischen den Rechtsordnungen verschiedener Völker feststellen lassen, nur z. T. auf eine mehr oder minder bewusste Nachahmung bei der Gesetzgebung zurückgehen, dagegen ihre Hauptquelle in der gemeinsamen Herkunft und der geistigen Verwandtschaft der betreffenden Völker haben. So erklärt Sauser-Hall[7] die Aehnlichkeiten zwischen den Rechten der arischen Rassen durch die Vermutung, dass jede ethnologische Verzweigung eines Urstammes gewisse Grundgedanken und -tendenzen ererbt und im Verlaufe seiner Entwicklung ausgestaltet habe. Nun weisen aber auch Völker verschiedener Herkunft ähnliche Rechtsinstitutionen auf, ohne dass ein nachweisbarer Einfluss ihrer Rechtsordnungen aufeinander stattgehabt hätte. Hier scheint man es mit einer innern Verwandtschaft aller Rechtsordnungen zu tun zu haben, die wohl teilweise auf gemeinsame religiöse und ethische Vorstellungen, teilweise auf die Identität des Rechtsinstinktes der menschlichen Gemeinschaften zurückgeführt werden kann. Gewisse Normen, die in idealer Weise den dauernden Bedürfnissen menschlichen Zusammenlebens entsprechen, dürften sich schon einzig auf Grund ihrer Richtigkeit in den verschiedenen Rechten parallel entwickelt haben. Sonst hätten nicht schon

---

[5] A. a. O., S. 316.

[6] J. Binder, Philosophie des Rechts. 1925. S. 942 ff.

[7] G. Sauser-Hall, Fonction et méthode du droit comparé. 1913.

im 19. Jahrhundert, als eigentliche, rechtsvergleichende Studien auf allen Gebieten erst einsetzten, weitgehende Analogien in den europäischen Rechtsordnungen bestehen können. — Die Erkenntnis des tieferen Sinnes dieser mehrfachen Verwandtschaft zwischen den Rechtsordnungen und seine gesetzgebungspolitische Verwertung sind die wahren Ziele der Rechtsvergleichung.[8] Daraus folgt, dass, wie überall, so auch hier, die blosse Sammlung von Tatsachen wertlos bleibt, soferne man nicht auf ihrer Grundlage die Gesetzmässigkeit aufzufinden trachtet, welche dieselben beherrscht. Eine wahre Vergleichung findet, wie Sauser-Hall betont, nur da statt, wo durch einen Vorgang der Vernunft zwei Gegenstände betrachtet, auf einen Nenner gebracht und ihre Aehnlichkeiten und Abweichungen erfasst werden.[9] Nur eine in diesem Sinne vorgenommene Rechtsvergleichung vermag die allgemeine Tendenz der Gesamtheit der Rechtsordnungen zu ermitteln, die das relative Ideal einer Epoche darstellt und welcher daher beim Aufbau zeitgemässen Rechts zu folgen ist. So ergibt sich denn als Aufgabe jeder Rechtsvergleichung das Aufsuchen der gemeinsamen Berührungspunkte der verschiedenen Rechte durch Vergleiche vom sozialen und wirtschaftlichen Standpunkte aus, mit dem Zwecke, dem Gesetzgeber die Richtung anzugeben, in welcher er die Fortbildung des Rechts betreiben solle. Für eine der grundsätzlichen Behandlung der Personengesellschaften gewidmete Abhandlung konzentriert sich das Interesse auf die Vergleichung der Auffassung von der Rechtsnatur dieser Gebilde in den verschiedenen Rechtsordnungen, so dass die folgenden Ausführungen sich auf das Wesentliche beschränken können.

3. Die Rechtsvergleichung bezüglich der Personengesellschaften.

Die wachsende Bedeutung der Handelsgesellschaften für das Erwerbsleben in allen Ländern ermöglicht es heute geradezu, von einem Zeitalter der Assoziationen zu sprechen, in welchem daher mit der Entwicklung des internationalen Verkehrs das Interesse an ihrer rechtsvergleichenden Betrachtung gestiegen ist. Diese ist hier jedoch auf die Personengesellschaften zu beschränken, die im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften nur einen mässigen An-

[8] Vergl. auch: E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. 1925.

[9] G. Sauser-Hall, a. a. O., S. 40.

teil an der neueren Entwicklung des Verbandslebens haben und deren juristische Ausgestaltung und Fortbildung in den einzelnen Staaten auf ein Mass beschränkt geblieben ist, das ihre Rechtsvergleichung relativ einfach gestaltet.

Die K. G., als reinste Personenvereinigung, ist in den wichtigsten Kulturstaaten ihrem Wesen nach ziemlich einheitlich festgelegt: stets handelt es sich um den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes durch Personen, die unter einer gesellschaftlichen Firma auftreten, wobei sämtliche Gesellschafter solidarisch und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden einstehen. Die Kom. G. erscheint regelmässig als ein unter der Leitung von einem oder mehreren unbeschränkt haftenden Kaufleuten stehendes Unternehmen, in welches von Dritten in spekulativer Absicht Kapitalien eingelegt werden, wodurch sie zu Mitgliedern und Miteigentümern der Gesellschaft werden. Ueberall gelten die Regeln der K. G. subsidiär für die Kom. G., aber nur in wenigen Ländern kann, wie in der Schweiz, eine Personengesellschaft bei entsprechender Eintragung auch für nichtkaufmännische Zwecke bestehen. Die Vorschriften über Auflösung, Liquidation, Ausscheiden von einzelnen Mitgliedern etc. sind vielfach verschieden geregelt.[10] Wenn im Folgenden die Rechte von nur drei Ländern für die rechtsvergleichende Betrachtung herangezogen sind, so rechtfertigt sich diese Vereinfachung damit, dass man in den betreffenden Rechtsordnungen die Exponenten von verschiedenen, ziemlich homogenen Rechtsgebieten erblicken darf, für welche sie typisch sind: die germanische, die romanische und die angelsächsische Rechtsgruppe.

II. Ueber die Rechtsstellung der Personengesellschaften in Deutschland

1. Die Kollektivgesellschaft.

Die K. G. wird in Deutschland als Offene Handelsgesellschaft bezeichnet und mit der Gesamthandtheorie konstruiert. Hier wie in den Rechten Russlands, Ungarns, des ehemaligen Oesterreich und der Schweiz wird für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages keine Form verlangt, sondern dieser kommt auch mündlich

[10] Vergl. L. Vossen, Die Handelsgesellschaften der wichtigsten Kulturstaaten in rechtsvergleichender Darstellung. 1910.

oder durch konkludentes Verhalten zustande. In den erwähnten Ländern ist aber das Zustandekommen eines Vertrages und die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister die Voraussetzung der Wirksamkeit der K. G. als Handelsgesellschaft; Inhalt und Form der Eintragung sind jeweils gesetzlich vorgeschrieben. Trotz weitgehender Annäherung an die juristischen Personen geniesst in der germanischen Rechtsgruppe weder die K. G. noch die Kom. G. das Recht der Persönlichkeit. Bezüglich der innern Verhältnisse der K. G. herrscht eine weitgehende Vertragsautonomie: der Gesellschaftsvertrag entscheidet im allgemeinen unbeschränkt über die Gewinn- und Verlust-Verteilung, die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes u. a. m.; nie darf aber ein Gesellschafter nur am Verluste beteiligt sein, wohl aber event. nur am Gewinne. Ueberall haftet die Gesellschaft für Aufwendungen der Einzelnen in Geschäftsangelegenheiten, wogegen es als Besonderheit des deutschen Rechts erscheint, dass die Gewinnverteilung von den einzelnen Kapitaleinlagen abhängt, während diese keinen Einfluss auf die Geschäftsführung haben, und dass auch juristische Personen als Mitglieder der K. G. zugelassen sind. Für das Verhältnis nach aussen ist wesentlich, dass die Gesellschafter von Gesetzes wegen als Organe der K. G. erscheinen und zur selbständigen Geschäftsführung und Vertretung berufen sind, wobei ihre Vertretungsmacht auch für ungewöhnliche Geschäfte meist als von jedem Widerspruch durch andere Mitglieder unabhängig betrachtet wird.[10a]

2. *Die Kommanditgesellschaft.*

Die Kommanditäre werden in Deutschland als Kommanditisten bezeichnet, ihr Wechsel ist erleichtert, ihre Mitwirkung an der Geschäftsführung bis auf das Widerspruchsrecht ausgeschlossen. Sie haften stets vor der Eintragung der Kom. G. wie Komplementäre, ausser wenn sie gegen diese Bestimmung ausdrücklich Einspruch erhoben haben. Obzwar in den Ländern der deutschen Rechtsgruppe auch der Kom. G. keine juristische Persönlichkeit zukommt, geniesst sie in der Praxis eine weitgehend selbständige Stellung, die sich, noch mehr als jene der K. G., der juristischen Persönlichkeit nähert.

Die neueste Entwicklung des deutschen Gesellschaftsrechts, die in seiner Neugestaltung zur Verwirklichung des Grundsatzes der

[10a] Vergl. K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910. S. 663 ff.

verantwortlichen, autoritären Führung der Wirtschaft besteht, wird jedoch vom schweizerischen Rechte nicht mitgemacht, sondern ist im Begriffe, in diesem eine Tendenz der Anlehnung an das französische und z. T. englische Recht auszulösen.

III. Frankreich

1. Die Kollektivgesellschaft.

Wie alle Handelsgesellschaften, so wird auch die K. G. in Frankreich und in den Ländern des romanischen Rechtsgebietes als juristische Person betrachtet. Im Gegensatze zu den Handelsgesetzen von Belgien und Spanien, welche ihre Persönlichkeit direkt festlegen, erwähnt der code de commerce français diese nicht ausdrücklich, aber die französische Theorie und Praxis sind in ihrer Anerkennung einig. Dies beruht allerdings auf der Verwendung der Fiktion als technischen Hilfsmittels, hinter deren äusserem Gewande die Gesellschafter als die wahren Träger der Rechte und Pflichten nicht geleugnet werden. Diese Auffassung bezieht sich jedoch auf sämtliche Handelsgesellschaften einheitlich und es ist für die romanische Rechtswissenschaft bezeichnend, dass sie trotz der Anerkennung der selbständigen Persönlichkeit derselben ihre Entstehung durch Vertrag nicht aus dem Auge verliert.[11]

Für die Entstehung der K. G. und aller Handelsgesellschaften ist in Frankreich, Belgien, Italien und auch in Holland eine authentische Urkunde erforderlich, ohne die der Gesellschaftsvertrag nicht gültig zustandekommen kann. Der Mangel einer Errichtungsurkunde kann jedoch nicht gegen Dritte geltend gemacht werden, sondern hat nur für die Gesellschaft selber nachteilige Wirkung. Die Errichtungsurkunde muss veröffentlicht und gerichtlich hinterlegt werden. Die unbeschränkte, solidarische Haftung der Kollektivgesellschafter fehlt zwar in der Begriffsbestimmung des französischen Gesetzes, wird aber als zwingendes Recht in den einschlägigen Bestimmungen festgelegt. Ueber die inneren Verhältnisse bestimmt der Gesellschaftsvertrag, wobei festgehalten zu werden verdient, dass die Rechte der erwähnten Länder keinen Unterschied zwischen der Geschäftsführungsbefugnis nach innen und der Vertretungsbefugnis nach aussen kennen.

---

[11] Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, Bd. II, S. 195. — Vergl. auch R. Rousseau, Traité théorique et pratique des sociétés de commerce françaises et étrangères. Paris 1921.

2. Die Kommanditgesellschaft.

Zufolge der einheitlichen Behandlung aller Handelsgesellschaften in den romanischen Rechtsgebieten kann das bezüglich der K. G. Gesagte zum grossen Teil auch auf die Kom. G. bezogen werden. Nach französischem Recht darf der Name keines Kommanditärs, muss aber derjenige mindestens eines Komplementärs in der Firma der Kom. G. vorkommen. Das belgische und das holländische Recht verbieten dem Kommanditär die Einmischung in die Geschäftsführung und die Vertretung der Kom. G. selbst beim Vorliegen einer Vollmacht, da sonst seine Haftung unbeschränkt wird.

IV. England

1. Zum englischen Recht im allgemeinen.

Der besondere Charakter des englischen Rechts verspricht für die Rechtsvergleichung Ergebnisse von besonderem Interesse und legt daher seine nähere Betrachtung als Exponent der angelsächsischen Rechtsgruppe nahe. Im englischen Rechte spiegelt sich wie in keinem anderen der Geist des eigenen Volkes, denn es erfuhr zu keiner Zeit den Einfluss fremder Rechte. Dieser Geist aber ist ein spezifisch praktischer und die Lösungen, die das englische Recht den Problemen des theoretischen Gesellschaftsrechts bereitet, sind daher auch, wenn nicht in konstruktiver Hinsicht, so doch vom Standpunkte der Rechtsidee bemerkenswert. Heute noch, wie in ältester Zeit, hat das englische Recht, das konsequent und traditionsgebunden ist, wie seine Grundlage, nämlich das Rechtsempfinden des englischen Volkes, seine Hauptquelle in der Praxis. Die Rechtsprechung, auf Präjudizien gestützt, wird als die beste Methode der Rechtsbildung betrachtet. Seit jeher entscheiden die englischen Richter im Sinne der von der Ethik des Volkes getragenen Idee des Rechts unter Berücksichtigung der Vorentscheide. Angewandte Gerechtigkeit und Respekt vor der Tradition haben in harmonischem Zusammenwirken ein Recht geschaffen, das sich in ständiger Wieder- und Neubildung bestätigt und entwickelt, ohne dass es bis heute zu einer umfassenden Kodifikation gekommen wäre. Dass seine umsichtige Kodifikation seine Vorteile nicht wesentlich beeinträchtigen könnte, wohl aber durch die Schaffung sicherer rechtlicher Grundlagen für jedermann sowie durch die Vorteile der Uebersichtlichkeit und der festen Fassung ergänzen würde, — Eigenschaften, die für die wissenschaftliche Durchdrin-

gung und Fortbildung der Materie eigentliche Bedingungen sind, — dies wird erst allmählich und hauptsächlich im lebensnahen Gebiete des Handelsrechts erkannt. Die für das englische Denken bezeichnende Abneigung gegen jede Abstraktion und Deduktion hat aber zur Folge, dass der Richter selbst in den durch Kodifikation erfassten Teilgebieten bei der Rechtsfindung induktiv verfährt. Dies ist die eigentliche Ursache für die Zwecklosigkeit einer umfassenden Kodifikation des englischen Rechts, welches trotz seiner altmodischen, ja primitiven Methoden den Anforderungen modernster Verhältnisse zu genügen vermag und als das dynamische Recht par excellence bezeichnet werden muss. Das englische Gesellschaftsrecht ist denn auch geeignet, dem in unübersehbaren Theorien verwickelten Kontinentaljuristen als ein Muster der rechtlichen Berücksichtigung wirtschaftlicher Bedürfnisse zu dienen, das, wie zu zeigen sein wird, zufolge seiner fast vollständigen Freiheit von dogmatischen Hemmungen zwar der Verwirklichung der Rechtsidee nahekommt, aber dem Rechtsbegriffe nicht zu entsprechen vermag und daher kein ideales Recht im rechtsphilosophischen Sinne darstellt.[12]

2. *Das englische Gesellschaftsrecht.*

a) Ueberblick.

Das englische Gesellschaftsrecht entwickelte sich in der Form von Common Law (Gewohnheitsrecht) und Equity (richterliches Billigkeitsrecht) entsprechend den Bedürfnissen des Handels und begann erst relativ spät in Gesetzen (Statutes) niedergelegt zu werden. So erklärt sich die grosse Mannigfaltigkeit seiner Formen und der Mangel seines Aufbaues an irgendwelcher Systematik. Das englische Recht kennt folgende drei grundsätzlich verschiedenen Unternehmungsformen: den Einzelkaufmann, die Personengesellschaft und die Handelsgesellschaft mit juristischer Persönlichkeit. Als Handelsgesellschaft i. w. S. gilt jede Vereinigung, in der mehrere Personen bestimmte Vermögensteile zu einem gemeinsamen Kapital zusammenlegen, das sie zum Betriebe eines Handelsgeschäftes verwenden, wobei Gewinn und Verlust geteilt werden.[13]

[12] Für Näheres vergl. A. Curti, Englands Privat- und Handelsrecht. 1927.

[13] Vergl. dafür und für das Weitere: A. Lindley, A treatise on the Law of partnerships. 5th. ed. 1888. — F. Pollock, A digest of the Law of partnership. 12th. ed. 1930.

Das Ausmass der Beteiligung des Einzelnen wird durch seinen Anteil (share) dargestellt; das Recht, diesen zu übertragen ist mehr oder weniger eingeschränkt und bildet das Hauptkriterium für die Unterscheidung von Gesellschaften, die durch ein Privileg der Krone oder des Gesetzes die selbständige Persönlichkeit erlangen (companies incorporated) und solchen, die von ihren Mitgliedern nicht unterschieden werden (partnerships). Die ersteren werden im Gegensatz zu den letzteren vom Wechsel der Mitglieder nicht berührt, können auf den eigenen Namen klagen und verklagt werden und geniessen selbständige Rechte. Zwischen diesen beiden Arten aber liegt, als spezifisch englische Negation aller Dogmatik, jene Sorte von Gesellschaften, welche die erwähnten Fähigkeiten besitzen, ohne incorporated zu sein und die companies quasi incorporated genannt werden. Bei den partnerships müssen folgende Gesellschaftsformen unterschieden werden. **1.** Die Beteiligten betreiben irgendein Geschäft mit Gewinnabsicht (business) auf Dauer oder als einzelne Transaktion und haften hierbei unbeschränkt. Diese sogen. partnership in the proper sense entspricht unserer einfachen Gesellschaft, bzw. der stillen Gesellschaft, wenn ein dormant partner beteiligt ist. **2.** Wird eine solche Gesellschaft mit der Absicht dauernder Verbindung unter einem bestimmten eigenen Namen (firm) betrieben, so liegt jene Form vor, die als quasi incorporated ihren Eigenschaften nach ungefähr der kontinentalen K. G. entspricht. Ihre gesetzlich höchstzulässige Mitgliederzahl ist jedoch 20, bei Bankgeschäften 10, bei deren Ueberschreitung die Rechtspersönlichkeit erworben werden muss; dies geschieht durch den blossen formellen Akt der Registereintragung. **3.** Haften einzelne Gesellschafter nur beschränkt, nämlich in der Höhe ihrer Einlage, so liegt eine limited partnership vor, die der kontinentalen Kom. G. entspricht, jedoch in England keine grosse Rolle spielt. **4.** Neben diesen Hauptformen kommen noch verschiedene Variationen von partnership vor, darunter eine solche, die bei einer grösseren Zahl von Mitgliedern übertragbare Anteile besitzt, ohne deshalb die Persölichkeit zu erlangen; sowie endlich solche, die durch örtliches Gewohnheitsrecht regiert sind und den allgemeinen Bestimmungen somit entgehen.

Den weitaus grösseren Teil der Handelsgesellschaften machen aber die eingetragenen, mit eigener Rechtspersönlichkeit versehenen und in ihrer Organisation im allgemeinen der kontinentalen

A. G. entsprechenden Gesellschaften aus. Die Gesellschaften, welche die Persönlichkeit durch königliche Verleihung (Royal Charter) oder durch besonderes Gesetz (Special Act of Parliament) erlangen, sind selten und haben bei uns keine Gegenstücke; sie unterscheiden sich einzig durch ihre Haftungsverhältnisse voneinander und stellten früher Gemeinden, Gilden etc. dar, während heute nur noch Unternehmungen mit wichtigen öffentlichen Funktionen diese Form annehmen. Die Mehrzahl der Gesellschaften erlangt vielmehr die Persönlichkeit durch Eintragung (registration), ein Verfahren, das durch ein Gesetz von 1844 begründet wurde, welches ein Handelsregister einführte und den darin eingetragenen Gesellschaften normativ die Persönlichkeit verlieh. Während vor diesem Zeitpunkte die Gesellschafter nur insgesamt klagen und verklagt werden konnten, traten sie nun als selbständige Rechtspersönlichkeit auf, wobei sie jedoch noch bis zum Aktiengesetze von 1862 der unbeschränkten Haftung unterworfen blieben. Heute lassen sich folgende Gesellschaftsformen mit Persönlichkeit unterscheiden: 1. companies unlimited, in welchen die Mitglieder unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften; diese Form ist selten, sie wird nur bei Versicherungsgesellschaften angetroffen, deren Vertrauenswürdigkeit sie erhöhen soll. 2. companies limited. die wiederum in folgende Unterarten zerfallen: a) companies limited by shares-amount; bei dieser Form ist die Zahl der Anteile beschränkt und diese machen ein festgesetztes Kapital aus, das allein für die Gesellschaftsschulden haftet, während die Mitglieder persönlich nicht belangbar sind. Eine Variante dieser Gesellschaftsform, in der man das Gegenstück zur kontinentalen A. G. zu erblicken hat, ist b) die private company, bei der das Recht der Uebertragung von Anteilen eingeschränkt ist und die Zahl der Mitglieder 50 nicht übersteigen darf; auch ist die öffentliche Aufforderung zur Zeichnung von Aktien untersagt. Bei der c) company limited by guarantee haftet ein Garantiekapital, das die Mitglieder durch individuelle Einlagen gebildet oder zu bilden versprochen haben, bzw. im konkreten Falle produzieren müssen, und das nach Belieben in Anteile zerlegt werden mag oder nicht; die interne Ausgestaltung dieser Gesellschaft ist den Mitgliedern ebenfalls freigestellt, sie scheint die wirtschaftliche Funktion der G. m. b. H. zu erfüllen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das englische

Recht dem Unternehmer zwei prinzipiell verschiedene Gesellschaftsarten zur Verfügung stellt, deren Wahl davon abhängt, ob dieser die Eigenschaft der juristischen Persönlichkeit für unentbehrlich hält oder sich die damit verbundenen Komplikationen ersparen zu können glaubt. Denn jede dieser Arten findet sich in einer Auswahl von Formen, die allen erdenklichen Bedürfnissen gerecht zu werden vermag, ohne in Widerspruch zu theoretischen Lehren zu geraten, eine Erscheinung, die sich mit einer Bemerkung Pollocks[14] erklären lässt: «English lawyers have never taken dogmatic theories of any kind much to heart.» Immerhin scheinen aber die englischen Juristen zu der Auffassung der Realität der juristischen Person zu neigen, da sie in ihr keine theoretische Konstruktion, sondern eine durch Erfüllung formeller Voraussetzungen erlangte Eigenschaft ihres Substrates erblicken.

b) Zum Rechte der partnership insbesondere.

Mit Hinblick auf das internationale Personengesellschaftsrecht, das im Vorliegenden zur Behandlung steht, sind gewisse Besonderheiten in der Regelung der als Formen der partnership kennengelernten Gesellschaften von Interesse für die zweckbewusste Rechtsvergleichung.

Die Bestimmungen über die Gesellschaften, die in keiner Weise die juristische Persönlichkeit erlangt haben und daher keine rechtliche Selbständigkeit geniessen, beschränken sich auf eine Rahmenregelung, welche die Festlegung der Organisation dem meist in den Statuten niedergelegten Gesellschaftsvertrage überlässt. Die laufenden Geschäfte der partnership werden durch die Statuten gewöhnlich einem Vorstande übertragen, dessen Verhältnis zu den einzelnen Mitgliedern normalerweise nach den Grundsätzen des Stellvertretungsrechts zu beurteilen ist. Ebenso erscheint jeder Gesellschafter als gesetzlicher Generalvertreter[15] seiner Mitgesellschafter innerhalb des Gesellschaftszwecks, auf dessen Bereich ja überhaupt die angelsächsische ultra-vires-Lehre[16] die Handlungsfähigkeit sämtlicher Personenverbände generell beschränkt. Als Mitglieder kommen auch juristische Personen in Betracht; die Per-

[14] F. Pollock, Has the Common Law received the fiction-theory of corporations? In der Festschrift O. Gierke. 1911. S. 105.

[15] N. Lindley, Partnerships, S. 124 ff.

[16] Vergl. Palmer, Company Law. 10th. ed. 1916, S. 39. Ueberschreitung der «vires» macht ein Rechtsgeschäft «invalid and ineffectual».

sonalien sämtlicher Mitglieder sowie Name, Art und Sitz des Geschäftes sind auf Grund eines während des Krieges erlassenen Gesetzes dem Register einzureichen. Als das entscheidende Indiz für das Vorhandensein eines partnership-Verhältnisses wird die Teilung von Gewinn und Verlust betrachtet; die Fälle, in denen diese zur Begründung einer partnership nicht genügt, sind im Gesetze enumerativ angeführt. Bezeichnend ist es, dass die partnership als solche die Persönlichkeit erlangen kann und muss, wenn ihre Mitgliederzahl 20 bzw. 10 (bei Bankgesellschaften) überschreitet, — eine rein formelle Wandlung, die bereits mit der blossen Eintragung als juristische Person (incorporation) erfolgt. Die Auflösungsgründe für die partnership sind im allgemeinen dieselben wie jene für die K. G. und Kom. G., zu denen jedoch der Fall des Kriegsausbruchs zwischen England und einem Staate hinzukommt, dem auch nur ein Gesellschafter angehört. Gutgläubigen Dritten gegenüber, die von der Auflösung keine Kenntnis erlangen, bleibt die partnership samt den aus ihr sich ergebenden Haftungsverhältnissen weiterbestehen.

Bezüglich der inneren Verhältnisse der partnership ist zu erwähnen, dass die Gesellschafter als Miteigentümer des Geschäftsvermögens erscheinen; dieses wird vielfach einem Treuhänder zur Verwaltung übertragen, der daran das sog. Treuhandeigentum erwirbt, während die Gesellschafter zu Benefizialeigentümern werden. Der Treuhänder handelt dann mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen im eigenen Namen und kann als dessen Inhaber klagen und verklagt werden. Dadurch wird das selbständige Auftreten der partnership im Vermögensverkehre unter einer einheitlichen Firma so wie ihre einheitliche Behandlung im Konkurse, bei der Liquidation, im Kompensationsrechte etc. ermöglicht. Ferner kann das einzelne Mitglied seine Ansprüche gegenüber der Gesellschaft in Form einer Klage gegen den Treuhänder geltend machen. Eine Veräusserung oder Verpfändung der Gesellschaftsanteile ist zwar gestattet, berechtigt aber den neuen Inhaber des Anteil lediglich zur Gewinnentgegennahme, ohne ihm ein Recht auf Beteiligung an der Geschäftsführung als vollwertiges Mitglied zu verleihen.

Als Besonderheit des Aussenverhältnisses ist festzuhalten, dass die Haftung der Mitglieder zwar grundsätzlich unbeschränkt ist und unmittelbar neben jener des Treuhänders, also nicht erst subsidiär besteht, dass aber in der Praxis der Vorstand, diesbezügliche

Sonderbestimmungen der Statuten vorbehalten, ohnehin im Namen der Gesellschaft nur soweit Verpflichtungen eingehen darf, als diese durch die Mitgliederbeiträge gedeckt erscheinen. Darüber hinaus darf er den Kredit der Mitglieder nur mit deren ausdrücklicher Ermächtigung in Anspruch nehmen, ansonsten er persönlich haftet, während die Mitglieder nicht gebunden werden; praktisch bleibt daher normalerweise die Haftung auf das einbezahlte Geschäftsvermögen beschränkt. Diese Haftung ist für Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften eine joint liability, d. h. sie betrifft jeden Partner direkt, aber erlischt nach ergangenem Urteil gegen einen von ihnen regelmässig mit Wirkung für alle, selbst wenn der Gläubiger keine Befriedigung findet (: es bestand nur eine Obligation, die nun durch das Urteil ersetzt ist). Dagegen ist die Haftung aus unerlaubten Handlungen joint and several, d. h. es haftet jeder Einzelne für die ganze Gesellschaftsschuld in der Weise, dass ein Urteil gegen einen die Rechtsverfolgung der übrigen nicht beeinträchtigt, falls der Gläubiger noch nicht befriedigt ist (: neben der gemeinsamen Obligation bestehen besondere Obligationen jedes einzelnen Mitgliedes). Die letztere Haftungsart betrifft ferner stets den geschäftsführenden Gesellschafter[17] und greift auch dann Platz, wenn die Gesellschafter ausdrücklich die unbeschränkte Haftung über die Höhe ihrer Beiträge hinaus übernommen haben, wobei dann der allein Belangte einen Regressanspruch gegen die Uebrigen hat. Nach Gesetz ist jeder Gesellschafter innerhalb des Geschäftszweckes Generalvertreter der partnership nach Stellvertretungsrecht und Einschränkungen dieser Befugnis, die Gesellschaft zu verpflichten, gelten gegenüber Dritten nur soweit sie diesen zur Kenntnis gebracht sind; hier gilt der Satz: die scheinbare Vertretungsmacht ist die wirkliche. Der Bereich, innerhalb dessen der vertretende Gesellschafter die partnership durch sein Verhalten bindet, schliesst auch zivilrechtliche Delikte sowie mit Busse belegte Vergehen ein, soweit sie in Ausübung von Geschäftshandlungen erfolgen. Für strafrechtliche Delikte ist dagegen der Täter persönlich verantwortlich, es sei denn, dass sämtliche Gesellschafter das Delikt gemeinsam begingen, dass einer es mit Einverständnis und ausdrücklicher Ermächtigung der übrigen beging oder dass diese das in ihrem Namen begangene Delikt nachträglich genehmi-

[17] Vergl. R. Hofer, Die externe Haftung der englischen «Partnership». Diss Zürich 1922. S. 162 ff.

gen; während in diesen Fällen die partnership als solche haftet, ist die Haftung bei der Deliktsbegehung in Ausübung von Geschäftsbefugnissen umstritten. Für die ziemlich weit führenden Einzelheiten der Gesellschaftsvertretung kann auf die Arbeit von R. Hofer[18] verwiesen werden.

3. Die juristische Persönlichkeit im englischen Recht.

In seiner Abneigung gegen theoretische Konstruktionen kennt das englische Recht die juristische Persönlichkeit nur auf der Grundlage der physischen Person. So kann die Stiftung nicht als selbständiges Zweckvermögen bestehen, sondern sie muss einem Treuhänder als Sondereigentum übertragen werden. Die englische juristische Persönlichkeit erscheint daher eigentlich als die Verselbständigung eines bestimmten menschlichen Betätigungsbereiches. Sie kann von einer Personenmehrheit (corporation aggregate) oder von einer Einzelperson gebildet sein (corporation sole). Für die letztere bildet ein typisches Beispiel der König, der sich einer doppelten Persönlichkeit mit Bezug auf seinen privaten und auf seinen amtlichen Bereich erfreut; juristische Personen sind auch die Bischöfe, bei denen sich also ebenfalls die Notwendigkeit ergibt. zu unterscheiden, mit Wirkung für welchen Persönlichkeitsbereich sie im konkreten Fall auftreten. Hier, im lebensnahen englischen Recht, findet sich also das Prinzip der juristischen Persönlichkeit in reiner, von Dogmatik unverfälschter Form und vermittelt einen Einblick in die Unzulänglichkeiten der Versuche, das Wesen der Persönlichkeit aus typischen Eigenschaften bestimmter Gesellschaftsformen zu erklären. Da das englische Recht auf dem Boden der Konzessionstheorie steht, beruht die Erlangung der Persönlichkeit (legal personnality) in der vermuteten, stillschweigenden oder ausdrücklichen Genehmigung (presumed, implied, expressed authority) der ihre Grundlage bildenden Rechtsfähigkeit (legal capacity). Die den Personenverbänden ohne Persönlichkeit gewährte Pseudopersönlichkeit (legal entity), wie sie jene partnerships besitzen, die den Personengesellschaften entsprechen, ist berufen, die Rechtsfähigkeit namentlich im Vermögensverkehre von der Starrheit der Form unabhängig zu machen. Die Tatsache, dass im englischen Recht die verschiedensten Gesellschaftsformen die Persönlichkeit erlangen können und dass anderseits die geschäftliche

[18] Vergl. auch: A. Lindley, a. a. O., S. 124 ff.

Rechtsfähigkeit unabhängig von dieser anerkannt wird, zeigt deutlich, dass für die praktisch orientierte Rechtsordnung die gesetzliche Anerkennung der Persönlichkeit eine äussere Gestaltungsform bedeutet, die von der prinzipiellen Frage zu unterscheiden ist, ob einem Gebilde die Rechtssubjektivität zukommen solle oder nicht.

Ergebnis:

Zu Beginn dieses Abschnittes wurde als die Aufgabe der Rechtsvergleichung die Ermittlung der Richtung bezeichnet, in der die Rechtsidee der Epoche die Entwicklung des Rechts weitertreibt. In diesem Sinne kann als Ergebnis der vorangegangenen summarischen Rechtsvergleichung im Bereiche des Gesellschaftsrechts festgehalten werden: in den verglichenen Rechtsgebieten besteht die unverkennbare Tendenz der möglichst umfassenden Anerkennung der verschiedensten am Rechtsverkehre teilnehmenden Gesellschaftsformen als selbständige Rechtssubjekte. Die praktische Verwertung dieser Einsicht zunächst für das einzelstaatliche materielle Recht besteht für den Rechtstheoretiker darin, dass diese ihm die Loslösung von der für seine Konstruktion so verhängnisvollen, bewussten oder unbewussten gedanklichen Bindung an sein eigenes einzelstaatliches Recht ermöglicht; und ihm die logische Notwendigkeit der Existenz eines allgemeinen gleichbleibenden Prinzips aller Handelsgesellchaften vor Augen führt, wie es in einem früheren Abschnitte aufzufinden getrachtet wurde.

Für das IPR. aber hat die Erkenntnis der erwähnten Tendenz zur Personifizierung der Handelsgesellschaften die Bedeutung, dass sie die Schaffung und Fortbildung von Kollisionsnormen mit Bezug auf alle jene Gesellschaften erleichtert und in einheitliche Bahnen lenkt, die zufolge des ihnen zugrundeliegenden gemeinsamen Prinzips von verschiedenen Rechtsordnungen gleichartig erfasst werden. In welchem Masse die Verkennung bezw. die uneinheitliche Auffassung der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften in den verschiedenen Ländern die Entwicklung des einschlägigen Kollisionsrechts verzögert und irregeleitet hat, ist aus der nun folgenden Betrachtung des heutigen internationalen Gesellschaftsrechts (IGR.) ersichtlich. Wie sehr dagegen das Einlenken der Theorie in die aufgezeigten Tendenzen der internationalen Praxis im Sinne der Auffindung und allgemeinen Anerkennung eines einheitlichen Grundprinzip der Handelsgesellschaften das heutige IGR. zu ra-

tionalisieren geeignet ist, — dies darzulegen ist einem 3. Abschnitte vorbehalten.

II. ABSCHNITT

Die Personengesellschaften im IPR.

I. Grundlagen des IPR.

1. Quellen und moderne Fortbildung.

Die Aufgabe des IPR. ist die Lösung der durch die nationalen Verschiedenheiten der Rechtsordnungen bedingten Kollisionen von einzelnen ihrer Sachnormen, — die der Internationalist als «materielles Recht» dem IPR. gegenüberzustellen pflegt, — mit Bezug auf ein konkretes Rechtsverhältnis privatrechtlichen Charakters. Vom Standpunkte des Verkehrs aus müsste diese Lösung idealerweise in der Aufstellung einheitlicher Kollisionsnormen von internationaler Gültigkeit bestehen. Da dies aber die Existenz einer überstaatlichen Souveränität oder einer vertraglichen Ordnung von praktisch unvorstellbarem Umfange erfordern würde, muss sich mangels solcher Erscheinungen jeder Staat mit der Aufstellung eigener Kollisionsnormen begnügen, die somit ihrem Wesen nach behördliche Anwendungs- und Abgrenzungsvorschriften für die eigene Privatrechtsordnung darstellen. Immerhin finden sich Ansätze zur Schaffung von IPR. auf internationaler Grundlage wenigstens auf gewissen Gebieten, in denen die Einheitlichkeit der Abgrenzung besonders erwünscht und durchführbar erscheint; die Haager Abkommen stellen solche Versuche dar. Im übrigen beschränkt sich das überstaatliche IPR. auf bilaterale Staatsverträge, denen sich dritte Staaten anschliessen können. Die einzige wirklich internationale Kodifikation, die bisher erfolgte, ist der Kollektivvertrag, der auf der sechsten panamerikanischen Konferenz in Havanna die Annahme des nach seinem Schöpfer als Codigo Bustamante bezeichneten Gesetzbuches durch 21 Staaten begründete. Das Zustandekommen dieses Vertrages, durch welchen mit der Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts für die betreffenden Staaten die Abgrenzung ihrer Rechtsbereiche erfolgte, erforderte jedoch eine so weitgehende Verwandtschaft nationaler Rechtsauffassungen und Bedürfnisse, wie sie sonst nirgends be-

steht. Auch der Völkerbund hat die internationale Regelung von Kollisionen an die Hand genommen, ohne jedoch bisher die darin liegenden Erfolgsmöglichkeiten voll ausgenützt zu haben. Der überstaatlichen Bildung von einheitlichem IPR. stehen u. a. politische Faktoren sowie der Umstand entgegen, dass die Regelung des Privatrechtsverkehrs zwischen den einzelnen Staaten eines der wichtigsten diplomatischen Druckmittel im internationalen Verkehr darstellt, auf das man nicht zugunsten einer generellen Regelung verzichten will. Insbesondere die Ausgestaltung des IGR., namentlich bezüglich der gegenseitigen Anerkennung der Handelsgesellschaften, bildet eine unentbehrliche Verhandlungswaffe der Diplomatie. So behält das IPR. seine Hauptquellen vorläufig in der nationalen Gesetzgebung und, da diese meist nur spärliche Kollisionsnormen erzeugt, in der Auslegung, der analogen Anwendung, dem Gewohnheitsrecht, der einzelstaalichen Rechtssprechung und nicht zuletzt dem Parteiwillen. In Anbetracht der Unvollkommenheit dieser Quellen und der konkreten Kollisionsnormen erwächst der Theorie des IPR. die Aufgabe, ein System von generellen Grundsätzen herauszubilden, welche geeignet sind, der Praxis den Weg zur Lösung von Gesetzeskollisionen bzw. zur Anwendung des zuständigen Rechts zu weisen und auf diese Weise die fehlenden Einzelbestimmungen zu ersetzen.

2. Das Problem der Anknüpfung.

Ist nach herrschender Auffassung die gegenseitige Anerkennung und Anwendung der Rechtsordnungen von Mitgliedstaaten der internationalen Rechtsgemeinschaft, soweit sie im Einzelfalle zuständig erscheinen, eine völkerrechtliche Pflicht, so handelt es sich für die Theorie zunächst darum, festzustellen, unter welchen Bedingungen eine Rechtsordnung den Anspruch erheben kann, mit Bezug auf eine Person, ein Rechtsverhältnis oder eine Sache zuständig zu sein, d. h. darauf angewendet zu werden. Es müssen also jene Beziehungen einer Rechtsordnung zum Gegenstande ihrer Regelung aufgefunden werden, die ihre Anwendung auf denselben einerseits ermöglichen und rechtfertigen, anderseits zum Gebote machen. — Das Recht, als eine Zwangsordnung, beruht seinem Wesen nach auf der staatlichen Macht; die gesuchten Beziehungen entstehen daher regelmässig auf dem Wege der Unterwerfung von juristischen Tatsachen unter den Machtbereich eines Staates, dessen

Rechtsordnung damit zuständig wird. Diesen Machtbereich kann der einzelne Staat nicht selbständig, beliebig und rücksichtslos festsetzen; die ihm entsprechende Anwendbarkeit der staatlichen Rechtsordnung ist vielmehr innerhalb der internationalen Rechtsgemeinschaft gegeben durch die Personalhoheit des Staates über seine Angehörigen einerseits (persönlicher Bereich), sowie anderseits durch seine Territorialhoheit über die sich innerhalb seines Gebietes befindlichen Personen und Sachen (territorialer Bereich). An diese beiden Beziehungsarten, — die auch Rechtsverhältnisse erfassen, welche mit Bezug auf unterworfene Personen und Sachen bestehen, — ist daher anzuknüpfen, wenn die Zuständigkeit einer Rechtsordnung begründet werden soll. Für jede derselben sind bestimmte Erscheinungen typisch, in denen sie zum Ausdrucke kommen und die man als Anknüpfungspunkte bezeichnet: sie bilden die Grundlage allen Kollisionsrechts, denn auf sie stellen die theoretischen Grundsätze ab, aus denen sich die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung im konkreten Falle ergibt. Für die Personalhoheit ist der Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit typisch, die, als der Inbegriff der Beziehungen eines Einzelnen zu einem Gemeinwesen, seine persönliche Verbundenheit mit dem Staate und seiner Rechtsordnung darstellt; ihre Verwendung als Anknüpfungsbegriff wird dadurch erschwert, dass während das kontinentaleuropäische Recht zu ihrer Bestimmung auf das rein persönliche Moment der Abstammung abstellt (jus sanguinis), das anglo-amerikanische Recht dem Prinzipe ihrer Bestimmung durch die Geburt im Staatsgebiete (jus soli) huldigt. Hier stösst man bereits auf das Grundübel des IPR. überhaupt, nämlich die Verschiedenheit der einzelstaatlichen Rechtsordnungen mit Bezug auf die Definition der in ihnen enthaltenen Begriffe, inklusive der von ihnen verwendeten Anknüpfungsbegriffe: verschiedene Rechte subsumieren unter gleiche Begriffe verschiedene Inhalte. Daraus erhellt die prinzipielle Unmöglichkeit allgemeingültiger, einheitlicher Kollisionsnormen; wie Burckhardt betont,[19] sind Rechtsordnungen, die sich nicht auf den gleichen begrifflichen Nenner bringen lassen, letzten Endes überhaupt unabgrenzbar. Denn wie jene der Staatsangehörigkeit, so ist auch die Verwendung der sich aus dem von Schnitzer[20] so

---

[19] W. Burckhardt, Ueber die Allgemeingültigkeit des IPR. Festgabe E. Huber, 1919.

[20] A. F. Schnitzer, Handbuch, S. 58 ff., 76 ff.

genannten «Kompetenzfelde» der Gebietshoheit ergebenden Anknüpfungsbegriffe wegen der Verschiedenheit der ihnen verliehenen Inhalte problematisch; hierzu gehören Wohnsitz, Gerichtsstand, Ort des Vertragsabschlusses, der Erfüllung, der gelegenen Sache, des begangenen Delikts. Da aber an dieser Stelle auf die allgemeinen Probleme des IPR. nicht einzugehen ist,[21] sei in Ueberleitung zur Betrachtung des IGR. lediglich folgendes festgehalten. Die herrschende Praxis umgeht die Grundfrage der inhaltlichen Qualifizierung[22] der Anknüpfungsbegriffe dadurch, dass sie den mit einer Streitfrage befassten Richter nach seiner eigenen Rechtsordnung qualifizieren lässt.[23] Hierin ist nun aber eine Konzession der Wissenschaft an die einzelstaatliche Willkür zu erblicken, die das IPR. a priori zu einer rein rechtstechnischen Hilfsdisziplin stempelt, welche ihrem Wesen nach auf absolute Richtigkeit verzichtet und damit die Rechtsidee selbst verleugnet. Dieser Gesichtspunkt tritt jedoch für die Praxis vollkommen zurück; denn da es heute weniger als je eine allgemeinmenschliche, überstaatliche Rechtsethik gibt, auf der allein sich die Richtigkeit internationaler Rechtsbeziehungen begründen könnte, begnügt man sich mit deren relativer Richtigkeit, indem man Gesetzeskollisionen in einer Weise löst, die wenigstens der im eigenen Gesetze verkörperten einzelstaatlichen Ethik entspricht.

II. Das internationale Gesellschaftsrecht

1. Allgemeines.

Wenn die Entwicklung des innerstaatlichen Wirtschaftslebens dazu geführt hat, dass zur Durchführung grösserer Unternehmen heute Arbeitsleistungen und Kapitalien erforderlich sind, welche die Kräfte des Einzelnen übersteigen und durch die Bildung von Personenverbänden aufgebracht werden müssen, so gilt dies erst recht auf dem Gebiete des internationalen Handels. Dem entspricht

---

[21] Auf diese ist später zurückzukommen; hier handelt es sich lediglich darum, die unentbehrlichen Grundlagen für die Besprechung des IGR., wie es heute vorliegt, zu schaffen.

[22] Nicht zu verwechseln mit der später zu besprechenden Qualifikation der Begriffe im Sinne ihrer Einordnung in das System der Kollisionsnormen eines bestimmten Staates.

[23] Vergl. Schweizerisches Bundesgericht, BGE 44 II 417; 56 II 180; 59 II 399; 62 II 127.

die wachsende Bedeutung des IGR., zu welcher der Umfang seiner konkreten Bestimmungen in keinem Verhältnisse stehen: sind schon die allgemeinen Bestimmungen des IPR. der verschiedenen Länder spärlich, so gibt es mit Bezug auf die Handelsgesellschaften beinahe überhaupt keine.[24] Dazu kommen gewisse Schwierigkeiten bei der Frage des auf die Gesellschaften anwendbaren Rechts, ihres sogen. Personalstatuts. Da der internationale Verkehr doktrinäre Komplikationen am allerwenigsten verträgt, neigt man in der Praxis des IPR. dazu, die Besonderheiten der äusseren rechtlichen Ausgestaltung der Handelsgesellschaften als nebensächlich gegenüber der Tatsache zu betrachten, dass dieselben sich alle einer selbständigen Rechtsfähigkeit im Verkehre erfreuen.[25] die ihnen die Erfüllung eigener wirtschaftlicher Funktionen ermöglicht. So geht Heberlein[26] davon aus, dass sämtliche wie immer ausgestalteten Handelsgesellschaften das Zusammenwirken von Arbeit und Kapital in einer Organisation bezwecken. die zur Erzielung des bestmöglichen wirtschaftlichen Erfolges im Verkehre als Einheit auftritt, hinter der die einzelnen Mitglieder zurücktreten. — Diese Rechtssubjekte müssen selbständige Beziehungen zu einer bestimmten Rechtsordnung aufweisen, die demzufolge auf sie anwendbar erscheint und mit Hilfe eigener Anknüpfungspunkte feststellbar sein muss. Während nun bei den Gesellschaften mit anerkannter Persönlichkeit die Anknüpfungspunkte aus dem Personenrecht herangezogen werden können. führt die herrschende Lehre über die Personengesellschaften diesbezüglich zu unlösbaren Schwierigkeiten, was sich in der Weise auswirkt, dass diese Gesellschaften bei der Behandlung von Fragen des Personalstatuts in der Literatur meist übergangen werden. Da aber der internationale Rechtsverkehr einer Gesellschaft ohne eigenes Statut undenkbar ist, behilft sich die Praxis mit der Annahme eines sogen. Quasi-Personalstatuts[27] und bezieht im Interesse des Verkehrs und der Billigkeit die Personengesellschaften in das allgemeine IGR. ein. Wie

---

[24] Vergl. H. E. v. Saher, Internationales Gesellschaftsrecht. Rotterdam 1925.

[25] Vergl. W. v. Steiger, Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften. 1931. S. 16 f.

[26] H. Heberlein, Die internationalprivatrechtliche Stellung der Handelsgesellschaften in Gesetzgebung und Staatsverträgen. 1933.

[27] Vergl. A. Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht. 1932. S. 206 ff.

das Personal-, so entscheidet das Quasipersonalstatut über die Natur der Gesellschaft, das Aussenverhältnis, Art und Umfang der Haftung etc. und die Frage nach dem Personalstatut oder dem auf sie anwendbaren Recht kann daher für alle Gesellschaften einheitlich gestellt werden.

2. *Das Personalstatut der Handelsgesellschaften.*

A. *Das Problem der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften.*

Als selbständige Rechtssubjekte müssen sämtliche Handelsgesellschaften notwendigerweise zu einer Rechtsordnung in Beziehung stehen, die ihre rechtliche Existenz überhaupt erst ermöglicht, indem sie ihnen die subjektiven Rechte verleiht, welche ihre Rechtssubjektseigenschaft begründen. Nachdem es keine Rechtsordnung ausserhalb des Staatsverbandes gibt, sondern zu jeder Rechtsordnung eine sie verwirklichende staatliche Macht gehört, fällt diese Rechtszugehörigkeit der Gesellschaften notwendigerweise mit ihrer Unterworfenheit unter die Personal- oder Territorialhoheit irgendeines Staates zusammen. Daraus ergibt sich einmal die Möglichkeit, auch bei juristischen Personen die Frage des anwendbaren Rechts durch Abstellen auf bestimmte, in diesen Fällen von Unterworfenheit gegebene Anknüpfungspunkte abzuklären. Vor allem aber liefert die Erkenntnis der personalen Unterworfenheit der juristischen Personen unter eine bestimmte staatliche Macht eine Anknüpfungsbeziehung von qualifizierter Intensität, die man (in Analogie zu den Verhältnissen bei den physischen Personen) als ihre Staatsangehörigkeit bezeichnen kann. Die Bedeutung derselben im IGR. lässt sich daran ermessen, dass sie nicht nur in erster Linie das Personalstatut der Gesellschaften festzulegen berufen, sondern auch für die notwendige Zuteilung der Rechtssubjekte an die völkerrechtlich zuständigen Staaten bei der Auslegung von Staatsverträgen, bezüglich des diplomatischen Schutzes, im Kriegsfalle etc. unentbehrlich ist. Die Verkennung des primordialen und staatsrechtlichen Charakters des Anknüpfungspunktes der Staatsangehörigkeit hat in der Theorie vielfach zu Unklarheiten geführt, indem sie der Verwechslung der Frage, durch welche Merkmale sich die Staatsangehörigkeit einer Gesellschaft ihrerseits bestimme, mit der Frage nach anderen, subsidären Anknüpfungspunkten zur Bestimmung des anwendbaren Rechts Vorschub geleistet hat. Theoretisch ist infolge der Wechselbeziehung zwischen

Staat und Rechtsordnung die Frage nach dem Personalstatut bei juristischen Personen zunächst in gleicher Weise wie bei physischen Personen mit jener nach der Staatsangehörigkeit identisch, da die letztere das erstere bestimmt; erst wenn im konkreten Falle die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit keine befriedigende Lösung zu zeitigen vermag, kann das anwendbare Recht mittels anderer Anknüpfungen zu ermitteln versucht werden. Die in dieser ihrer wahren Bedeutung oft verkannte Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften hat in der Literatur in zweifacher Hinsicht der Diskussion gerufen.

a) *Die Qualifikation zur Staatsangehörigkeit.* Es ist der Grundgedanke des IPR, dass jedes Rechtssubjekt in den seine Individualität bestimmenden Eigenschaften und Beziehungen rechtlicher Art nach seinem Personalstatut zu beurteilen sei. Das Personalstatut ist aber regelmässig die Rechtsordnung des Staates, dessen Personalhoheit das Rechtssubjekt untersteht und die Grundlage seiner Bestimmung ist daher normalerweise die Staatsangehörigkeit des Rechtssubjekts. Ist nun dieses eine Handelsgesellschaft, so erhebt sich die Frage, ob zwischen einem Personenverbande und einer Rechtsordnung konstante und umfassende Beziehungen bestehen, die man, analog den Beziehungen des Einzelbürgers zum Staate, als Staatsangehörigkeit bezeichnen kann. Da diese eine rechtliche Beziehung zwischen einem Staate und den von ihm als angehörig anerkannten Personen darstellt, wird in der Doktrin allgemein die Staatsangehörigkeit nur für Verbände mit juristischer Persönlichkeit überhaupt diskutiert; die Praxis muss aber mit Rücksicht auf den Rechtsverkehr und in Anbetracht der faktischen Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften auch diesen die praktisch unentbehrliche Staatsangehörigkeit zuerkennen können. Denn sie bedarf ihrer nicht nur zur Auffindung des Quasipersonalstatuts, sondern auch zur Abklärung zahlreicher Fragen, welche mit dem nationalen Charakter der Gesellschaften zusammenhängen. Man denke an die für ausländische Rechtssubjekte vorgesehene cautio judicatum solvi im Zivilprozesse, an die sie betreffenden verwaltungsrechtlichen Beschränkungen im Erwerbe von Grundeigentum und in der Gewerbefreiheit; an ihre verschärfte Kontrolle, die sie treffenden besonderen Fiskallasten, die Spezialvorschriften, welche z. B. die Zulassung ihrer Wertpapiere betreffen oder die Voraussetzungen ihrer Handlungsfähigkeit umschreiben;

vor allem aber an die Möglichkeit der Beanspruchung der Staatsverträge, der Meistbegünstigungsklauseln, des diplomatischen Schutzes eines Staates durch Gesellschaften, die ihm angehören. Hier, wie überall im IGR., zeigt sich die Bedeutung der Möglichkeit, sämtliche Handelsgesellschaften einheitlich als reale Kollektivrechtssubjekte betrachten zu können. Denn die Zulässigkeit der Zuerkennung einer Staatsangehörigkeit an Personenverbände muss weitgehend von der Auffassung ihres Wesens in der Theorie abhängen.

Der Staat ist ein Personenverband, dessen Mitglieder mehrfachen Rechten und Pflichten unterworfen sind. Ihre Mitgliedseigenschaft erschöpft sich nach Jellinek[28] in vier verschiedenen status, die als Qualifikationen für die Mitgliedschaft zu gelten haben: Leistung an den Staat, Freiheit vom Staate, Forderung an den Staat, Leistung für den Staat. Trotz des starken Ueberwiegens der sogen. passiven Leistungs-status, das den Grad der Unterworfenheit des Individuums unter die staatliche Macht erreicht, bestehen alle diese Elemente der Staatsangehörigkeit stets nebeneinander und geben ihr den Charakter eines zur Wahrung gemeinsamer Interessen geschaffenen Rechtsverhältnisses zwischen dem Staate und seinen Mitgliedern.[29] Als solches bildet sie aber keinen festbegrenzten Katalog bestimmter Rechte und Pflichten, sondern die Substanz einer Vielheit wechselnder Beziehungen,[30] für die es kein einheitliches Kriterium geben kann; allgemein wird aber die Unterworfenheit, als Hauptinhalt der Staatsangehörigkeit, zu ihrem wesentlichen Merkmale erhoben. — Während nun die Zusprechung der auf diese Weise umschriebenen Staatsangehörigkeit an juristische Personen undenkbar ist, soferne man diese als Fiktionen betrachtet, bejaht sie Isay[31] für die reale Verbandsperson, die mit Hilfe ihrer Organe an der staatlichen Gemeinschaft teilzunehmen vermag und Rechte wie Pflichten hat, die der Substanz der Staatsangehörigkeit selbst entsprechen. Auch Rüegger[32] stellt auf die Rea-

---

[28] G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892. S. 76 ff.

[29] Näheres darüber bei E. Isay, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1907. S. 26, 67 ff.

[30] Vergl. auch A. Mamelok, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918. S. 8 ff.

[31] E. Isay, a. a. O., S. 46.

[32] P. Rüegger, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918. S. 14 f.

lität der juristischen Person ab: nur das reale Wesen könne der staatlichen Herrschaft unterworfen sein; mit dem Beweise der Realität der Personenverbände ergebe sich ihre Qualifikation zur Staatsangehörigkeit, ohne dass diese dem Sinne nach vollkommen derjenigen der physischen Personen zu entsprechen brauche. — Sauser-Hall leitet die Staatsangehörigkeit der Gesellschaften aus ihrem Rechte auf Wohnsitz im Staatsgebiete und auf Schutz durch den Staat ab, da er darin ihre Substanz in Erscheinung treten sieht.[33] — W. v. Steiger[34] fasst dagegen den Staatsangehörigkeitsbegriff wesentlich völkerrechtlich auf und geht von der praktischen Ueberlegung aus, dass die Aufteilung der Menschheit in verschiedene Staaten die Festsetzung gewisser Bedingungen notwendig mache, deren Erfüllung durch ein Rechtssubjekt automatisch dessen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Staate begründe; dieser habe dann das Rechtssubjekt gegenüber anderen Staaten zu vertreten. Für die Staatsangehörigkeit, die somit jedem Rechtssubjekt zukommt, sei dieses rein formale Moment allein massgebend, während ihr konkreter Inhalt zurücktrete. — Mamelok[35] wiederum sieht in dieser formalen Unterworfenheit keine Begründung der Staatsangehörigkeit; nach ihm muss vielmehr deren Substanz berücksichtigt werden, die vor allem durch die Rechte und Pflichten des aktiven Status bestimmt sei (Militärdienstpflicht, Stimmrecht). Wenn daher auch bei den juristischen Personen das wesentliche persönliche Band fehle, so könne man immerhin im Interesse des Verkehrs von einer unechten Staatsangehörigkeit sprechen, auf Grund welcher die staatsvertraglichen Bestimmungen, die sich auf Angehörige beziehen, unter Berücksichtigung ausdrücklicher oder sinngemässer Vorbehalte, auch auf juristische Personen anwendbar sind.[36] — Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Theorie den juristischen Personen eine wenn auch von ethischen Momenten entkleidete Zugehörigkeit zum Staate zuerkennt, die als ihre Mitgliedschaft an diesem bewertet werden kann. Dem ent-

---

[33] G. Sauser-Hall, Bulletin de la Société de législation comparée. 1921. S. 236 ff.

[34] W. v. Steiger, Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften. 1931.

[35] A. Mamelok, Staatsangehörigkeit, S. 12 ff.

[36] Vergl. darüber auch: Lapradelle-Niboyet, Répertoire de droit international. Bd. 10. 1931. «Sociétés en droit international», sowie die daselbst zitierte Literatur.

spricht auch die Auffassung des Bundesgerichtes.[37] Schwierigkeiten bereitet jedoch die einheitliche, allgemein anerkannte Bestimmung dieser Mitgliedschaft. Die einzelnen Staaten beurteilen die Staatsangehörigkeit nach verschiedenen Kriterien; über ihre Bestimmung für juristische Personen hat die Doktrin zahlreiche Theorien ausgearbeitet, auf die noch zurückzukommen ist. Ein für den internationalen Verkehr und das IGR. brauchbarer Staatsangehörigkeitsbegriff lässt sich aber nur auf überstaatlicher Grundlage gewinnen, denn abgesehen von der Sinnlosigkeit der willkürlichen einzelstaatlichen Bestimmung desselben erhebt sich die Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Verfahrens. Mangels einer positiven überstaatlichen Regelung hat man sich in diesem Sinne um die Aufstellung gewisser negativer Schranken der staatlichen Willkür bemüht, innerhalb deren sich bestimmte Prinzipien der internationalen Praxis herausgebildet haben.[38] So ist z. B. allgemein anerkannt, dass nach Völkerrecht die als Staatsangehörigkeit bezeichnete Beziehung zwischen einem Staate und seinen Angehörigen, die u. a. die zur Ableitung des Personalstatuts dienende Personalhoheit begründet, eine territoriale Grundlage haben muss; dass also die Staatsangehörigkeit von der faktischen territorialen Unterworfenheit unter die Herrschaft des Staates bedingt ist. Die Unterwerfung von Personen ohne territoriale Begründung erscheint danach als ein völkerrechtswidriger Eingriff in die Machtsphäre einer fremden Souveränität.[39] Ebenso muss das Recht auf Behandlung von nicht tatsächlich machtunterworfenen Personenverbänden als Angehörige völkerrechtswidrig angemasst erscheinen und eine solche willkürlich begründete Angehörigkeit kann daher nicht auf Anerkennung durch dritte Staaten rechnen. Dagegen ist die Anerkennung einer territorial begründeten Angehörigkeit nicht bloss eine Auswirkung der comitas gentium, sondern ein Grundgedanke des IPR., das auf dem Respekte fremder Souveränitäten beruht. Dementsprechend erfolgt die theoretische Konstruktion der Staatsangehörigkeit der Personenverbände meist auf der Grundlage territorialer Momente.

b) *Die Bestimmung der Staatsangehörigkeit.* Bezüglich der Frage, welche äusseren Kennzeichen der Unterworfenheit für die

---

[37] BGE 36 I 6.

[38] P. Rüegger, a. a. O., S. 24 ff.

[39] Vergl. P. Rüegger, a. a. O., S. 32 ff.

Bestimmung der Staatsangehörigkeit von Gesellschaften ausschlaggebend sein sollen, sind in der Doktrin die verschiedensten Ansichten vertreten. Einige Autoren vertreten den Standpunkt, eine Gesellschaft sei jenem Staate unterworfen und daher angehörig, auf dessen Gebiet sich ihr Betriebsmittelpunkt befinde; dagegen ist einzuwenden, dass diese Methode der Nationalitätsbestimmung versagt, wenn mehrere gleichwertige Betriebszentren vorliegen, und den Verkehrsinteressen widerspricht, wenn das ausschlaggebende Zentrum in einem primitiven Gebiete unzureichender Gesetzgebung liegt; auch müsste bei jeder Veränderung desselben die Nationalität der Gesellschaft wechseln, was ebenfalls unerwünscht ist. Vielfach wird daher die Meinung vertreten, die Staatsangehörigkeit einer Gesellschaft müsse sich durch ihren Hauptsitz bestimmen, an dem die Verwaltung geführt werde und der, bei relativer Konstanz, von entscheidender Bedeutung für das ganze Unternehmen sei. Diese Theorie lässt jedoch das Recht des Gründungsortes,[40] von dem nach herrschender Auffassung die rechtliche Existenz der Gesellschaft abhängt, ausser Betracht und erscheint daher der Mehrzahl der Autoren nur dann anwendbar, wenn Sitz und Gründungsort zusammenfallen; bei einem etwaigen Wechsel des Sitzes müsste sonst die Gesellschaft aufgelöst und nach dem Rechte des neuen Sitzes wiedergegründet werden. Da anderseits das alleinige Abstellen auf das Recht des Gründungsortes als eine abstrakte Konstruktion in der Praxis nicht restlos befriedigen kann, gelangt Pillet[41] zu einer kombinierten Sitz- und Gründungstheorie, in der er das doppelte Postulat aufstellt, die Nationalität der Gesellschaften müsse sich nach ihrem Sitze bestimmen und dieser regelmässig am Orte der Gründung sich befinden. Wenn eine Gesellschaft die Persönlichkeit vom Rechte des Gründungsortes verliehen erhalte, dieses also ihre rechtliche Existenz begründe, so müsse der über ihre Nationalität entscheidende wahre Sitz am Gründungsorte liegen. Damit sei ein fester Staatsangehörigkeitsbegriff geschaffen, der für die Dauer der Existenz der Gesellschaft konstant bleibe und ihr Personal-

---

[40] Unter dieser nicht ganz korrekten Bezeichnung ist das Recht zu verstehen, nach welchem die Gründung erfolgte; es ist nicht zu verwechseln mit der lex loci actus, mit der es normalerweise zusammenfällt, die aber an sich ein sinnloses, rein zufälliges Kriterium darstellen würde.

[41] A. Pillet, Des personnes morales en droit international privé. 1914.

statut ein für allemal festlege; gleichzeitig werde die fraudulöse Sitzverlegung ins Ausland zwecks Umgehung inländischer Bestimmungen verhindert. Diese Theorie kommt im Ergebnis auf die oben erwähnte reine Theorie vom Gründungsort heraus, denn die Annahme eines «wahren Sitzes» ist eine Fiktion, die nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass nur der Staat, in dessen Gebiet der reelle, praktische Sitz liegt, die Gesellschaft wirklich beherrscht. Weitere Momente, die in der Theorie gelegentlich zur Bestimmung der Staatsangehörigkeit vorgeschlagen werden, sind der Gründerwille, zu dessen Berücksichtigung die Praxis jedoch wenig neigt; ferner die Nationalität der Mitglieder bzw. von deren Mehrheit; endlich sonstige Komplexe rechtlicher Beziehungen zu einem Staate. — Heute wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass eine Gesellschaft als einem Staate unterworfen zu gelten hat, wenn dieser ihre Organisation faktisch beherrscht, d. h. die Möglichkeit hat, auf ihre Zentralorganisation gestaltend einzuwirken, vor allem, sie aufzulösen. Diese Macht wird gewöhnlich dem Staate zuerkannt, in dessen Gebiet der tatsächliche Sitz der Zentralverwaltung liegt und an dessen Handelsregister die Existenz der Gesellschaft daher regelmässig gebunden ist. Allerdings kann demnach durch Wahl dieses Sitzes die Nationalität der Gesellschaft willkürlich bestimmt werden; allein, hierin liegt, wie Mamelok gezeigt hat,[42] keine Gesetzesumgehung, sondern es steht den Gründern tatsächlich frei, ihre Gesellschaft den Gesetzen eines beliebigen Staates zu unterwerfen. — Der administrative Sitz einer Gesellschaft ist ihr organisatorischer Mittelpunkt und der Ort, an dem ihr Kollektivbewusstsein einen Willen produziert, auf den der Staat, der diesen Ort beherrscht, durch Gesetzgebung und Verwaltung einwirken kann.[43] Nachdem dieser Sitz in der Regel mit dem Gründungsorte zusammenfällt, wird allgemein in ihm das brauchbarste Merkmal für die Ableitung der Staatsangehörigkeit erblickt. So wird denn auch von der internationalen Praxis der Sitzstaat fast durchwegs als der Heimatstaat der juristischen Personen anerkannt, während in Verkennung des einheitlichen Prinzips der Personenverbände bezüglich der Nationalität der Personengesellschaften vielfach noch auf jene der Mitglieder abgestellt

---

[42] A. Mamelok, a. a. O., S. 24 ff.

[43] Vergl. dazu E. Paltzer. Der Sitz juristischer Personen und Gesellschaften. Diss. 1936.

wird. Dies ist auch da der Fall, wo in Durchbrechung des Sitzprinzips ausländische juristische Personen auf Grund von Kapitulationen europäischer Mächte in orientalischen Staaten der Konsulargerichtsbarkeit unterstellt sind. Ueberhaupt ist die Nationalität der Mitglieder einer Gesellschaft bezüglich ihrer Auswirkung auf den Geschäftsgang ein bedeutsamer Faktor; die Möglichkeit der Beeinflussung grösserer Unternehmen durch das Mittel der Personalhoheit über seine Mitglieder hat im modernen Wirtschaftskampfe der Frage der Aktienmehrheit eine besondere Bedeutung verliehen. Dagegen ist sie zur allgemeinen Ableitung der Nationalität einer Gesellschaft infolge der Unmöglichkeit der Kontrolle des Mitgliederwechsels namentlich bei Kapitalgesellschaften unbrauchbar. — Die Tatsache, dass für die Ableitung der Staatsangehörigkeit der Gesellschaften zahlreiche Momente in Betracht fallen, deren spezifische Eignung mit der konkreten Situation variiert, hat Despagnet zum Vorschlage bewogen, die Entscheidung über den massgebenden Bestimmungsgrund dem Richter zu überlassen, der somit die Nationalität erst im Einzelfalle zu bestimmen hätte.[44] Eine Frage von der umfassenden Bedeutung jener der Staatsangehörigkeit bedarf aber im Interesse der Rechtssicherheit einer Stabilität in der Behandlung, die es nicht zulässt, sie dem richterlichen Ermessen zu übertragen. — Neuere Tendenzen in der Wissenschaft vom IPR. neigen dazu, die staatsrechtlich-politische Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften in den Hintergrund zu drängen und bezüglich der Bestimmung des Personalstatuts durch den Begriff einer wirtschaftlichen Zugehörigkeit zu ersetzen, die den Inbegriff der ökonomischen Beziehungen einer Gesellschaft zu einem Staate darstellt und durch ihren Sitz bestimmt sein soll.[45] Neuerdings wird auch der umfassende Begriff der

---

[44] F. Despagnet, Précis de droit international privé. 1909. S. 168.

[45] So Lapradelle-Niboyet, Répertoire, a. a. O., S. 466 ff., wo die politische Nationalität der Gesellschaften auf diejenige der Mitglieder zurückgeführt wird, die den massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung üben; der Richter habe darüber im Einzelfalle nach eigenem Ermessen zu entscheiden. In der Praxis sei aber diese Nationalität, abgesehen vom Kriegsfalle, bedeutungslos, da die ausländischen Gesellschaften den einheimischen rechtlich so gut wie gleichgestellt seien; das anwendbare Recht aber sei nicht durch die Nationalität, sondern durch Abstellen auf das wirtschaftliche Domizil unter Anerkennung der internationalen wohlerworbenen Rechte zu bestimmen.

Staatsangehörigkeit der Gesellschaften als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechtes überhaupt verworfen, und dieses direkt durch den Anknüpfungspunkt des Rechts der Entstehung und des Bestandes der Gesellschaft ermittelt.[46] Diese in der Praxis entstandenen, von Praktikern entwickelten Tendenzen wollen dem spezifisch wirtschaftlichen Charakter der Handelsgesellschaften Rechnung tragen. Indem sie aber auf diese Weise nur praktisch-ökonomische Gesichtspunkte berücksichtigen, vermögen sie den (im Sinne J. Binders) idealistischen Theoretiker nicht zu befriedigen. Denn dieser sucht die absolute Richtigkeit der Theorie zu verwirklichen, die nicht nur um ihrer selbst willen, sondern auch deshalb erstrebenswert erscheint, weil sie allein den gesamten Bereich der Wirklichkeit regelnd zu erfassen vermag und daher über die normalen Verhältnisse hinaus auch unter Umständen befriedigt, in denen die Methoden der auf normale Verhältnisse zugeschnittenen Praxis, wie aus dem Folgenden ersichtlich, versagen.

c) *Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften auf Grund der Kriegspraxis.* Eine bedeutsame Seite der Kriegführung waren im Weltkrieg die wirtschaftspolitischen Massnahmen zur Schwächung der wirtschaftlichen Kräfte des Feindes, wie Handelsverbote, Sequestrationen, Beschlagnahmungen. Hierbei war die Unterscheidung des nationalen Charakters der Handelsgesellschaften von grundlegender Bedeutung. Ihrer Durchführung standen aber auf Grund der Friedenspraxis Hindernisse entgegen, die namentlich bei den Personengesellschaften, welche meist Verflechtungen internationaler Interessen darstellten und daher Beziehungen zu verschiedenen Staaten aufwiesen, die Feststellung einer eindeutigen Staatsangehörigkeit unmöglich machten. Dies bedingte die Entwicklung einer vom IGR. der Vorkriegszeit grundverschiedenen Kriegspraxis, die ihre Anfänge in England hatte und bald allgemein üblich wurde. — Nach der Praxis der angelsächsischen Rechte ist mit Kriegsausbruch jeder Handelsverkehr mit feindlichen Ausländern (alien enemies) automatisch verboten. Sämtliche Verträge mit solchen verlieren für die Dauer des Krieges ihre Wirksamkeit und leben erst nach dessen Beendigung wie-

[46] Vergl. K. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 617; E. Frankenstein, IPR, Bd. I, S. 459; W. v. Steiger, Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften. 1932.

der auf; während des Krieges geschlossene Verträge sind überhaupt nichtig. Zu Beginn des Krieges lösten sich somit in England sämtliche partnerships, an denen feindliche Angehörige beteiligt waren, auf. Dagegen wurden auf Grund des strengen Territorialprinzips des englischen Rechts die in England eingetragenen Gesellschaften mit Sitz daselbst als englische bzw. britische Angehörige betrachtet. Während daher solche Gesellschaften ungeachtet der Beteiligung feindlicher Mitglieder ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen konnten, galten anderseits die in Feindesland eingetragenen und ansässigen Gesellschaften unbeschadet ihrer Zusammensetzung als feindlich. Diese Grundsätze gerieten, nicht zuletzt unter dem Einflusse der öffentlichen Meinung, ins Wanken, als man vom Boykotte feindlicher Unternehmen zu ihrer Beschlagnahmung und Verwertung überging und seit dem berühmt gewordenen Daimler Case[47] begann daher die Praxis auf das Merkmal des «control». d. h. der faktischen Beherrschung einer Gesellschaft abzustellen. Damit wurde ein Begriff zur Grundlage der englischen Handelskriegsjudikatur, der juristisch nicht klar zu erfassen ist, sondern vom Ermessen des Richters abhängt. Er wurde schliesslich in Art. 13 des Trading with the enemy-(Amendement-) Act vom 8. VIII. 1918 dahin festgelegt, dass eine Gesellschaft als unter feindlichem «control» zu betrachten sei, wenn die Mehrzahl ihrer Direktoren feindlich, die Mehrheit der Anteile in Feindeshand, der massgebende Einfluss feindlich, die Betriebsleitung unter vorwiegend feindlichem Einflusse sei. Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften erhielt somit in jener Zeit eine vollständig neue Bedeutung: aus einem konstruktiv-juristischen Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts wurde das praktische Kriterium für den nationalen wirtschaftlichen Charakter von Unternehmen. Die damit verbundene Wandlung ihres Begriffsinhalts scheint seinerzeit, unter dem Drucke der Notwendigkeit, die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen mit einem Schlage ihrem wahren Wesen nähergebracht zu haben.

Das sogen. Kontrollprinzip drang von England aus in die Praxis aller kriegführenden Staaten, denn es entsprach der allgemeinen Tendenz, das unter dem Einflusse des Feindes stehende Verbandsvermögen zu treffen und seiner nationalen Wirtschaft

[47] Näheres bei M. Ammann, Die Entwicklung der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften. 1929.

zu entziehen. In Frankreich erfuhr es insoferne eine Verschärfung, als durch ein Gesetz vom 22. I. 1916 die Stillegung nicht nur jener Betriebe angeordnet wurde, in denen offensichtlich feindliches Kapital überwog, sondern auch jener, welche den nationalen Charakter mit Hilfe von Strohmännern zu wahren suchten. Das radikale Abstellen auf den «caractère réel» der Unternehmen führte unter Missachtung der «nationalité d'apparence» zu Massnahmen, die zwischen der Beschlagnahmung der Anteile feindlicher Mitglieder und der Sequestration des gesamten Betriebes wegen Vergehens gegen das Verbot jedes Handels mit dem Feinde, selbst durch «personnes interposées»,[48] schwankten. Die strenge Durchführung dieser Grundsätze musste zwangsläufig zu unlöslichen Kollisionen mit den Rechten neutraler Staaten führen, die am Begriffe der Staatsangehörigkeit in ihrem rechtlichen Sinne festgehalten hatten, und eine Normalisierung des internationalen Rechtsverkehrs mit Bezug auf die Handelsgesellschaften trat erst ein, als die Liquidation des Wirtschaftskrieges gegen die feindlichen Privatvermögen die früheren Grundlagen für die Beurteilung ihrer Nationalität wieder in den Vordergrund rückte.[49] Im Versailler Vertrage[50] ist die Abschaffung des Kontrollprinzips grundsätzlich festgelegt; da aber darin gleichzeitig auf die Bezeichnung eines einheitlichen Kriteriums verzichtet und die Bestimmung der Staatsangehörigkeit den Rechten der Länder überlassen wird, herrschte in der Uebergangszeit eine gewisse Unsicherheit, die u. a. in der Praxis der gemischten Gerichte für Streitfragen aus der Anwendung der Friedensverträge zum Ausdrucke kommt. Da von den Personengesellschaften nirgends gesondert die Rede ist, muss angenommen werden, dass sich die Bestimmungen des Versailler Vertrages auf alle Träger selbständiger Vermögensrechte beziehen und dass daher auch den Gesellschafen ohne Persönlichkeit auf Grund ihrer Rechtssubjektivität eine eigene Staatsangehörigkeit zugedacht sei. Dennoch lässt die englische und z. T. deutsche Praxis eine abweichende Auffassung erkennen: so verweigert das britische Clearing Office den Personengesellschaften die Zuerkennung einer

---

[48] Näheres über die französische Kriegspraxis bei A. Mamelok, Staatsangehörigkeit, S. 30 ff.

[49] Vergl. auch W. v. Steiger, Staatsangehörigkeit. S. 33 ff.

[50] G. Sauser-Hall, Les traités de paix et les droits privés des neutres. 1924, S. 108.

selbständigen Staatsangehörigkeit und behandelt daher ihre Schulden und Forderungen im Clearingverkehr[50a] nach Massgabe der Nationalität ihrer Mitglieder. Im Gegensatz hierzu ist die französisch-belgische Praxis auf Grund der Fiktionstheorie dazu gelangt, den Personengesellschaften die Staatsangehörigkeit ohne weiteres zuzuerkennen.[51] Immerhin machte sich bis zur endgültigen Liquidation des Wirtschaftskrieges insoferne noch eine gewisse Doppelspurigkeit bezüglich der für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften massgebenden Kriterien geltend, als z. T. noch an dem Kontrollprinzipe festgehalten wurde, soweit es sich um die Beendigung von Kriegsmassnahmen handelte.[52] — Abschliessend lässt sich feststellen, dass man bezüglich der Bestimmung der Nationalität der Gesellschaften überall auf das für die Vorkriegspraxis massgebende Kriterium zurückgekommen ist. d. h. in den meisten Ländern auf den effektiven Sitz im Staate, nach dessen Recht die Gründung erfolgte (vergl. den Bericht Rundstein)[53] in England auf den Ort der Eintragung. Die neuere Praxis des englischen Steuerrechts zeigt übrigens, wie aus jüngeren Entscheiden hervorgeht, eine Tendenz der Angleichung an die kontinentale Auffassung, indem sie ebenfalls auf den Verwaltungssitz abzustellen beginnt, was natürlich nicht auf theoretische Erwägungen zurückgeht, sondern die Besteuerung ausländischer Gesellschaften mit Sitz in England ermöglichen soll.

d) *Die schweizerische Praxis.* Das schweizerische Recht kennt keine gesetzlichen Bestimmungen über die Staatsangehörigkeit von Gesellschaften. Das Bundesgesetz betr. Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 25. Juni 1903 bezieht sich offenbar nur auf physische Personen; Art. 53 ZGB., der die Rechte der juristischen Personen umschreibt, gibt über ihre Nationalität keine Auskunft; die Bundesverfassung und die Einbürgerungsgesetze regeln Staatsangehörigkeitsfragen auch nur für physische Personen, so dass grundsätzlich die Frage nur in der Praxis behandelt ist. So hat das Bundesgericht seit jeher die Anwendung von Ge-

---

[50a] Vergl. M. Ammann, a. a. O., S. 127.

[51] Pillet-Niboyet, Manuel, S. 306 ff.

[52] Vergl. E. Marburg, Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen nach dem Kriege, Blätter für internationales Privatrecht, Bd. III, 1928, S. 23 ff.

[53] Publ. de la S. d. N. C 207. M 81. 1927.

richtsstands- und Niederlassungsverträgen auf sämtliche Rechtssubjekte für zulässig erklärt und damit die Handelsgesellschaften zu Staatsangehörigen gestempelt.[54] Als das Kriterium dieser Angehörigkeit wird kontinuierlich der Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes betrachtet,[55] soweit es sich um juristische Personen handelt; dagegen neigt die Praxis, ohne sich allerdings diesbezüglich endgültig festgelegt zu haben, dazu, auf die Nationalität der Mitglieder abzustellen, wenn Personengesellschaften in Frage stehen.[56] In seinem 12. Neutralitätsbericht[57] stellt der Bundesrat auf den Geschäftssitz der Gesellschaften ab, als welcher bis zum Beweise des Gegenteils der statutarische Sitz gilt, und der auch solchen Gesellschaften die schweizerische Nationalität verleiht, an denen in beliebigem Prozentsatze Ausländer beteiligt sind und deren Kapital bei einer ausländisch orientierten Geschäftsführung ebenfalls ausländisch ist. Diese Praxis hatte während des Krieges zur Folge, dass zahlreiche Gesellschaften ihren Sitz in die Schweiz verlegten oder in der Schweiz gegründet wurden, die ausschliesslich Interessen von Kriegführenden betrafen. Diese Erscheinung barg für die Schweiz die doppelte Gefahr der Kompromittierung ihrer Wirtschaft und der wirtschaftlichen Ueberfremdung des Landes. Gerade letztere ist bezüglich der Komplexität ihres Begriffes und der oft nicht direkt zutagetretenden Wirkungen nicht zu unterschätzen. Es handelt sich dabei weniger, wie bei der politischen Ueberfremdung, um ein zahlenmässiges Missverhältnis der In- und Ausländer, als um eine Durchdringung der nationalen Wirtschaft mit offenkundigen und maskierten ausländischen Interessen.[58] Die Massnahmen, die gegen diese sogen. Maskierung von ausländischen Unternehmungen ergriffen werden mussten, führten auch in der Schweiz vom Sitzprinzipe ab. Durch Bestimmungen des Firmenrechts wurde zunächst versucht, den Grundsatz der Firmenwahrheit durchzusetzen.[59] Es wurden Bestimmun-

---

[54] Vergl. BGE 36 I 6.

[55] Vergl. BGE 41 I 84; 209; 529.

[56] Vergl. BGE 48 I 90.

[57] BBl. 1919, IV 508; V 720.

[58] Vergl. A. Mamelok, Staatsangehörigkeit, S. 38 ff.

[59] Bundesrätliche Verordnung II v. 21. Nov. 1916, betr. Ergänzung der Verordnung v. 6. Mai 1890 über das Handelsregister und Handelsamtsblatt. Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen v. 21. Nov. 1916. BBl. 1916, IV, S. 279.

gen erlassen, wonach von allen im Handelsregister zu erwähnenden Personen der Heimatort, bei Ausländern die Staatsangehörigkeit und der Wohnort anzugeben ist. Ferner wurde bestimmt, dass die Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften, die Aufsichtsräte von Kommanditaktiengesellschaften, sowie die Vorstände und Aufsichtsräte von ausländischen juristischen Personen mit Zweigniederlassung in der Schweiz, ab 1917 jährlich ein Verzeichnis ihrer Mitglieder dem Handelsregister einzureichen haben, aus welchem Name, Heimatort bzw. Staatsangehörigkeit, Beruf und Wohnort ihrer Mitglieder ersichtlich ist und das zur allgemeinen Einsicht offensteht. Territoriale und nationale Bezeichnungen in den Firmen dürfen keinen Täuschungen Vorschub leisten. Ein eindeutiges Kriterium für die nationale Eigenschaft wird zwar nicht genannt, es wird jedoch in erster Linie die volkswirtschaftliche Bedeutung der Unternehmen berücksichtigt. — Die praktische Bedeutung dieser Massnahmen war jedoch a priori durch ihre Nichtrückwirkung wesentlich vermindert, während anderseits auf direkte Prohibitivmassnahmen zur Verhütung der Gründung von Gesellschaften ausländischen Charakters mit schweizerischem Sitz, in Anbetracht der verfassungsmässig garantierten Handels- und Gewerbefreiheit sowie der bestehenden Niederlassungsverträge, verzichtet werden musste. Auch ist der Freihandel die Grundlage der schweizerischen Wirtschaft, die ihrem Wesen nach unlöslich mit dem Welthandel verflochten ist. Als relativ wirksame Massnahmen gegen die Wirtschaftsüberfremdung verbleiben somit lediglich gewisse Bestimmungen des Aktien- und Steuerrechts, bezüglich deren Ergänzung auf die Ausführungen von Mamelok verwiesen werden kann.[60] Als Resultat dieser Kriegs- und Nachkriegsentwicklung ist die schweizerische Praxis dazu gelangt, neben der rechtlichen Zugehörigkeit der Handelsgesellschaften, die der Bestimmung des Personalstatuts dient, und an ihren Hauptsitz geknüpft wird, eine politisch-wirtschaftliche Nationalität zu unterscheiden, deren Voraussetzungen durch registerrechtliche Bestimmungen normativ festgelegt sind und über die das Handelsregisterbureau nach Anhörung der Handelsabteilung des politischen Departements entscheidet, wobei

---

[60] A. Mamelok, Staatsangehörigkeit, S. 44 ff. — Ferner E. Grossmann, Wirtschaftspolitische Betrachtungen über die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918.

auf die ökonomische Orientierung des Unternehmens abgestellt wird.

Nach dieser Betrachtung über das Wesen und die Entwicklung der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften überhaupt, als ein Problem des Staats- und Fremdenrechts, kann im Folgenden zur Behandlung ihrer Bedeutung für das IGR. übergangen werden.

B. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts.

a) *Die internationale Anerkennung der Gesellschaften als Grundlage des IGR.* Mit der Konstruktion einer Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften durch die Theorie und der Zugrundelegung dieses Begriffes für die Bestimmung des anwendbaren Rechts durch die Praxis ist nun das IGR. aber erst bei dem Punkte angelangt, an dem mit der Analogie zwischen der Rechtsstellung der Gesellschaften und jener der physischen Personen im internationalen Rechtsverkehr zugleich die Grundlage für die Entstehung der eigentlichen kollisionsrechtlichen Probleme gegeben ist. Das von dem Grundbegriffe der Staatsangehörigkeit ausgehende IGR. kann, wie das IPR. der physischen Personen, auf selbständig im internationalen Privatrechtsverkehre auftretende, national qualifizierte Rechtssubjekte Bezug nehmen. Die Teilnahme von national gekennzeichneten juristischen Personen am internationalen Verkehr beruht nämlich, wie der internationale Verkehr der physischen Personen, auf der Beachtung des Grundsatzes der Anerkennung fremder Souveränitäten von Seite der Mitgliedstaaten der internationalen Rechtsgemeinschaft. Danach ist, als ein Ausdruck der comitas gentium, die Personalhoheit eines Staates über seine Angehörigen durch die anderen Staaten anzuerkennen, soferne die Staatsangehörigkeit, aus der sie abgeleitet wird, territorial begründet erscheint. Diese so gewährleistete spezifische Zugehörigkeit der im Verkehre auftretenden juristischen Personen zu einem bestimmten Staate stellt nun ein ordnendes Prinzip dar, das es normalerweise ermöglicht, die Frage des auf sie anwendbaren Rechts in genereller, eindeutiger Art abzuklären. Nun ist allerdings die durch die Zuteilung einer eigenen Nationalität an die Handelsgesellschaften geschaffene Rechtslage für das IGR. nur dann ein prinzipieller Vorteil von allgemeiner, durchgreifender Wirkung, wenn sie, — was hier auf Grund der Ergebnisse der

vorangegangenen Abschnitte als erwiesen betrachtet werden kann, — für sämtliche Handelsgesellschaften gleichmässig zutrifft. Nachdem aber, wie gesehen, zahlreiche Rechtsordnungen den Personengesellschaften mangels einer gesetzlich verankerten Persönlichkeit keine selbständige Staatsangehörigkeit zuerkennen, ist die jüngere Wissenschaft bemüht, die Grundlagen der für den internationalen Rechtsverkehr unentbehrlichen einheitlichen Behandlung aller Handelsgesellschaften als selbständige Rechtssubjekte auf andere Weise zu beschaffen. Unter Verzicht auf den Begriff der den Personengesellschaften nicht einheitlich zugebilligten Staatsangehörigkeit erblicken die Autoren dieser neueren Richtung, wie bereits an anderer Stelle angedeutet, das Personalstatut aller Handelsgesellschaften einheitlich in dem Rechte, nach welchem ihre Gründung erfolgte. Dies hängt mit der Auffassung zusammen, die Anerkennung gesellschaftlicher Gebilde und ihre rechtliche Behandlung als selbständige Einheiten sei ein Akt der Rechtsschöpfung; ihre Betrachtung als Rechtssubjekte bedeute zwar eine Verkörperung gesellschaftlicher Beziehungen, begründe aber in ihnen keine wirklichen, durch eine bestimmte Form ihres Substrates bedingte Wesenheiten.[61] Dieses schon bei Wieland beobachtete Zurückgreifen auf die Fiktionstheorie ruft das durch die Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit verdrängte Problem der internationalen Anerkennung der Gesellschaften wieder auf den Plan. Denn besteht ein Rechtssubjekt lediglich kraft fiktiver Anerkennung durch eine bestimmte Rechtsordnung, so kann es über die Grenzen des Geltungsbereiches derselben keine Existenz haben. Die Anerkennung der Gesellschaften im internationalen Verkehre wird indessen neuerdings damit begründet, dass mit der Rechtsordnung eines Staates grundsätzlich auch deren Institution anzuerkennen seien, bilde doch die prinzipielle Anerkennung der unter der Herrschaft einer Rechtsordnung erworbenen Rechte im internationalen Verkehre den Ausgangspunkt des IPR. überhaupt. Indem man auf diese Weise die internationale Anerkennung der Handelsgesellschaften auf ihre rechtsgültige Entstehung und unbestrittene Existenz im Entstehungslande zurückführt, löst man sie aus der Abhängigkeit von den landesrechtlichen Auffassungen über die Rechtsnatur der einzelnen Gesellschaftsformen. Durch diese Konstruktion wird die

[61] Vergl. diesbezügl. E. Frankenstein, IPR, Bd. I, S. 458 ff. W. v. Steiger, Die Handelsgesellschaften im IPR. ZBJV 67.

Schaffung ebenderselben als Grundlage des IGR. unentbehrlichen Rechtslage angestrebt, welche die Auffassung der gleichmässigen Persönlichkeit aller Handelsgesellschaften als logische Konsequenz direkt mit sich bringt: das selbständige Auftreten international anerkannter Rechtssubjekte im zwischenstaatlichen Privatrechtsverkehre. Wenn auch das erstere Verfahren dabei gleichzeitig die Frage des auf diese Rechtssubjekte anwendbaren Rechts zu erledigen scheint, so bleibt doch — abgesehen von der Zweifelhaftigkeit der Fiktionstheorie, — sein praktischer Wert fraglich: wendet doch der zuständige Richter im konkreten Falle gezwungenermassen jenes Recht an, das auf Grund der Beziehungen des Rechtssubjektes zu einem bestimmten Staate einen machtbetonten Anspruch auf primäre Zuständigkeit hat.

b) *Gesetzeskollisionen.* Weisen die Rechtsbeziehungen einer Handelsgesellschaft internationale Elemente auf, so erhebt sich die Frage, welches einzelstaatliche Recht für die Erfassung dieser Beziehungen zuständig sei. — Soweit nun mehrere in Betracht fallende Rechtsordnungen inhaltlich übereinstimmen, bleibt die Frage, welche von ihnen zur Anwendung gelangen solle, eine rein formelle und findet ihre praktische Lösung durch das einheitliche Abstellen der gleichartigen Rechtsordnungen auf einen der Natur der Sache entsprechenden Anknüpfungspunkt. Gehen aber die betreffenden Rechte in der sachlichen Regelung des gleichen Gegenstandes auseinander, so geraten sie in Konflikt und die Frage, welche von ihnen zur Anwendung gelangen solle, erhält materielle Bedeutung. Diese sogenannten Gesetzeskollisionen sind zwangsläufig bedingt durch die unüberbrückbaren Gegensätze, die zwischen den einzelnen Rechtsordnungen bestehen. Diese Gegensätze sind nun nicht zufällig, sondern gehen auf die primären Faktoren zurück, denen die gesonderte Entwicklung verschiedenartiger Rechtsordnungen überhaupt zuzuschreiben ist. So ergibt sich für jede Rechtsordnung die Notwendigkeit, ihren Inhalt um besondere Bestimmungen, die sogenannten Kollisionsnormen, zu bereichern, welche die Lösung solcher Konflikte vorsehen, indem sie für den konkreten Fall die Kompetenz einer Rechtsordnung zur Sache festlegen. Denn solange gesonderte menschliche Gemeinschaften zufolge ihrer geschichtlichen, religiösen, sozialen, moralischen Eigenheiten verschiedene Privatrechtsordnungen nebeneinander aufrechterhalten, müssen die Anwendungsbereiche derselben gegen-

einander abgegrenzt werden. Da aber auch die Kollisionsnormen, welche dieser Abgrenzung dienen, der Ausdruck spezifischer einzelstaatlicher Bedürfnisse sind, wird es gleicherweise stets Konflikte der Kollisionsnormen geben müssen, so dass sich als weitere Notwendigkeit die Aufstellung von besonderen Kollisionsnormen ergibt, welche die Bestimmung der Kompetenz zur Kompetenzerteilung ermöglichen. — Logischerweise müsste dieser Akt der Kompetenzerteilung zur Kompetenzerteilung durch sukzessive Aufstellung von aufeinander bezugnehmenden Kollisionsnormen solange wiederholt werden, bis diese schliesslich in allen Rechtsordnungen übereinstimmen würden: erst dann wäre deren Konflikt normativ gelöst. Auch dies bedeutet jedoch noch keine unbedingte Lösung der materiellen Gesetzteskollision. Denn wie die Normen selber, so sind auch die in ihnen enthaltenen Begriffe der Ausdruck der spezifischen Eigenart einer einzelstaatlichen Rechtsordnung. Ist aber der den Rechtsbegriffen verliehene Sinnesgehalt von Recht zu Recht verschieden, so vermag selbst eine oberste gemeinsame Kollisionsnorm aller Rechtsordnungen Konflikte unter Umständen nicht zu verhindern. Daher kann sich der Gesetzgeber mit der normativen Bestimmung der Kompetenz zur Erteilung der Kompetenz zur Sache begnügen, so dass sich faktisch noch die folgenden Konfliktsmöglichkeiten ergeben, die zunächst nach ihrem Charakter zu unterscheiden sind als: positive Konflikte, bei denen mehrere Staaten die Unterstellung einer Gesellschaft unter ihr Recht fordern und der Grundsatz zur Anwendung kommt «in re pari melior est causa possidentis»; ferner negative Konflikte, welche den seltenen Fall der Heimatlosigkeit einer Gesellschaft begründen und entstehen, wenn sich keine Rechtsordnung für zuständig erklärt. Diese verschiedenartigen Konflikte können nun sein: 1. Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe; angenommen selbst, es bestünde bezüglich irgendeines Tatbestandes eine einheitliche, allgemein anerkannte Kollisionsnorm, so kann, wie schon angedeutet, ein Konflikt dadurch entstehen, dass die einzelnen Rechtsordnungen die darin enthaltenen Begriffe verschieden qualifizieren, d. h. verschiedene Inhalte darunter subsumieren. Beispiel: wenn die allgemeine Kollisionsnorm lautet «das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt sich durch ihre Staatsangehörigkeit», so kann die eine Rechtsordnung unter «Staatsangehörigkeit» die Angehörigkeit zum Staate, nach dessen Recht die Gründung erfolg-

te, verstehen, während eine andere darunter jene zum Staate, auf dessen Gebiet der Verwaltungssitz liegt, subsumiert. 2. In der Regel bestehen aber keine einheitlichen Kollisionsnormen, sondern diese kollidieren selber schon ihrem Inhalte nach und rufen auf diese Weise Konflikte hervor. Beispiel: die Kollisionsnorm der einen Rechtsordnung lautet «das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt sich durch ihre Staatsangehörigkeit» und die der anderen «... durch die Lage ihres Betriebsmittelpunktes». — Die Lösung dieses Kollisionsnormenkonflikts ergibt die Bestimmung der Kompetenz zur Kompetenzerteilung, womit also die Rechtsordnung ermittelt ist, die zur Anwendung ihrer Kollisionsnormen befugt erscheint. Damit ist für den Praktiker aber der Gesetzeskonflikt bereits gelöst, denn die kompetent erklärte Kollisionsnorm erteilt direkt die Kompetenz zur Sache, indem sie das anwendbare materielle Recht bezeichnet. — Anders ist die Lage des Gesetzgebers und damit des Rechtstheoretikers: für sie handelt es sich darum, den hinter dem Konflikte der Kollisionsnormen zurückgetretenen, primären und die gesamte Störung verursachenden Konflikt der Sachnormen in einer die Natur der Sache berücksichtigenden Weise zu lösen. Hier trifft man wieder auf die von Walker[62] als «latente» bezeichneten Kollisionen des materiellen Normeninhaltes selbst, welche Kollisionsnormen überhaupt erst notwendig machen und deren ursprünglichen, verborgenen Gegenstand darstellen. Diese Kollisionen eindeutig zu lösen, ist die Aufgabe des sich als zuständig erweisenden einzelstaatlichen Kollisionsrechts. Beispiel: die eine Rechtsordnung, deren materielle Bestimmungen auf Grund irgendeiner Beziehung für die Anwendung auf einen konkreten Tatbestand in Frage kommen, betrachtet die K. G. als juristische Person; die andere behandelt die K. G. als Gesamthandverhältnis. Um die Rechtsstellung einer bestimmten K. G. eindeutig festzulegen, müsste die zuständige Kollisionsnorm etwa lauten: die rechtliche Behandlung der Handelsgesellschaften richtet sich nach dem Rechte des Staates, in dessen Gebiet ihr Sitz liegt.

c) *Ueber die Methode der Rechtsfindung.* Auf Einzelheiten des Verfahrens, durch welches die Wissenschaft vom IPR. zur Lösung der besprochenen Kollisionen zu gelangen trachtet, sowie auf die dabei auftauchenden Probleme, kann hier nicht eingetreten werden; diesbezüglich ist vielmehr auf die theoretischen Lehrbücher

[62] G. Walker, Internationales Privatrecht. 1934, S. 26.

des IPR. zu verweisen.[63] Dagegen muss im Folgenden die allgemeine Methode, nach welcher die neuere Lehre[64] zu billigen und vor allem faktisch durchsetzbaren Lösungen zu kommen sucht, dargestellt werden, soweit dies zur Ermöglichung ihrer späteren kritischen Betrachtung notwendig erscheint.

Erhebt sich in der Praxis die Frage nach dem auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechte, so bildet den ersten Schritt zu dessen Ermittlung die Feststellung des für die Beurteilung des konkreten Falles zuständigen Gerichts. Hierzu sind als Rechtsquellen in erster Linie die Bestimmungen der Staatsverträge, ferner solche des IPR., des Prozessrechts sowie des Fremdenrechts jenes Staates heranzuziehen, in dem der Fall zur Behandlung kommt. Ist auf diese Weise der zuständige Richter ermittelt, so besteht bereits ein eindeutiger Hinweis auf eine konkrete Gesamtrechtsordnung, der aus dem abstrakten Bereiche mehrfacher internationaler Anknüpfungsmöglichkeiten herausführt, innerhalb dessen alles IPR. an der Grundfrage der Qualifizierung der Anknüpfungsbegriffe scheitern muss. Denn jeder Richter bringt grundsätzlich die Kollisionsnormen seiner eigenen Rechtsordnung zur Anwendung[65] und die darin enthaltenen Begriffe können nach dem Grundsatze der ratio legis nur im Sinne der Rechtsordnung ausgelegt werden, welche diese Normen aufstellt. Damit sind zugleich die Konflikte der Kollisionsnormen ausgeschaltet und es kann nun die zuständige Sachnorm durch die Anwendung der kompetenten Kollisionsnorm ermittelt werden. Dies hat zufolge des äusserst knappen und allgemeinen Charakters der einzelstaatlichen positiven Kollisionsnormen in der Weise zu geschehen, dass der konkrete Fall in das System der Bestimmungen des vorhandenen IPR. eingeordnet wird, d. h. die generell auf ihn zutreffende Kollisionsnorm gesucht und durch sinngemässe Auslegung praktisch brauchbar gemacht wird.[66] Gelingt dies, so erhält man als Resultat dieses oft schon an sich recht langwierigen Verfahrens der Einordnung oder sogen. Qualifikation des Tatbestandes einen eindeutigen Verweis auf das an-

---

[63] Vergl. in der neueren Literatur vor allem A. Nussbaum, IPR; E. Frankenstein, IPR; A. Schnitzer, Handbuch.

[64] Vergl. insbesondere W. v. Steiger, Die Bestimmung der Rechtsfrage im internationalen Privatrecht. 1937.

[65] Vergl. BGE 31 II 266 ff.

[66] Vergl. W. v. Steiger, Die Bestimmung der Rechtsfrage..., S. 16 ff.

wendbare materielle Recht, auf die kompetente Sachnorm. Denn nach der heute herrschend gewordenen Ansicht bezieht sich die von der kompetenten Kollisionsnorm statuierte Verweisung grundsätzlich nur auf die Sachnormen einer bestimmten Rechtsordung, während die Berücksichtigung ihrer Kollisionsnormen, die zur früher vielbesprochenen Erscheinung des sogen. Spielkabinetts (ewige Rückverweisung) führen muss, nicht mehr in Frage kommt; m. a. W., die Kollisionsnorm erteilt die Kompetenz zur Sache und nicht zur weiteren Kompetenz. Damit nun die durch eine auf die Natur der Sache abstellende Konstruktion theoretisch anwendbar gemachte Sachnorm praktisch auch tatsächlich zur zweckmässigen Anwendung kommen könne, muss endlich darauf gesehen werden, dass der von ihr gebotenen Lösung keine sachlichen Hindernisse entgegenstehen. Dies wäre z. B. der Fall, wenn sie gegen den sogen. ordre public des Landes ihrer Verwirklichung verstiesse, d. h. die generelle Vorbehaltsklausel, durch welche die einzelnen Staaten ihre öffentliche Ordnung und Sittlichkeit schützen, verletzen würde. — Mit welchen praktischen Schwierigkeiten bei der Durchführung des hier skizzierten Verfahrens gerechnet werden muss, ist aus der Knappheit der vorhandenen positiven Kollisionsnormen ersichtlich, die im Folgenden zur Darstellung gelangen.

3. Das positive internationale Gesellschaftsrecht.

a) *Schweiz.* Die schweizerische Gesetzgebung hat das internationale Obligationen- und Gesellschaftsrecht sozusagen unberücksichtigt gelassen und diese Materien der Ausgestaltung durch die Praxis zugewiesen. Für diesen ganzen Bereich kommt demnach der in Art. 1 ZGB. verankerte Grundsatz der richterlichen Rechtsfindung zur Anwendung, was sich in dem Entscheide des Bundesgerichtes 49 II 223 bestätigt findet. Die Praxis des IGR. besteht aber im wesentlichen in der analogen Anwendung des IPR. der physischen Personen auf die Handelsgesellschaften. Dieses wiederum findet sich in der Schweiz in folgenden Quellen: **1.** Staatsverträge. Diese sind, nachdem die Praxis (BGE 36 I 6; 30 I 87) die Handelsgesellschaften als Staatsangehörige betrachtet, prinzipiell auf dieselben anwendbar. — **2.** Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG.). Dieses findet, soweit es nicht durch die Bestimmungen des Art. 59, Schlusstitel z. ZGB. ausser Kraft gesetzt ist,

auf Grund des Entscheides 31 I 468 analoge Anwendung auf die Gesellschaften. — **3.** Die Bundesverfassung. — **4.** Der Art. 59 Schlusstitel ZGB. Dieser verweist im wesentlichen auf das NAG. und ergänzt es. — **5.** Verordnungen des Bundesrates. — **6.** Verschiedene in den Gesetzen verstreute Bestimmungen.[67] — Ein allgemeiner Grundsatz der schweizrischen Praxis ist die Anerkennung fremder juristischer Personen als solche. Die Bestimmung des Personalstatuts erfolgt in Anlehnung an Art. 56 ZGB. auf Grund der Sitztheorie.[68] Nach dem Recht des Sitzes, an dem die Verwaltung stattfindet, bestimmt sich im einzelnen, — zunächst jedenfalls für juristische Personen — die Regelung von Fragen der Gründung. der Persönlichkeit, der Kaufmannseigenschaft und der damit verbundenen Verpflichtungen, der Rechts- und Handlungsfähigkeit, des internen Verbandslebens, der Verhältnisse nach aussen. Das auf Personengesellschaften anwendbare Recht wird daneben von der schwankenden Praxis gelegentlich auch noch durch die Nationalität ihrer Mitglieder bestimmt; ähnliche Gesellschaften des fremden Rechts sind auf Grund des Entscheides 37 I 306 analog dem ihnen am nächsten kommenden eigenen Gesellschaftstypus zu behandeln. Der Grundsatz der internationalen Anerkennung der wohlerworbenen Rechte findet seinen Ausdruck im Kreisschreiben des eidg. Justizdepartementes an die Kantone von 1898. worin die Handelsregisterführer angewiesen sind, Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften auch dann in das Handelsregister aufzunehmen, wenn ihre Struktur von derjenigen der im schweizerischen Recht vorgesehenen Gesellschaften abweicht; erforderlich sei nur der Nachweis des rechtsgültigen Bestehens im Auslande. — In den Handelsverträgen. die im IGR. eine hervorragende Rolle spielen, sind jedoch die Personengesellschaften regelmässig den juristischen Personen gleichgestellt, so dass sich ihr Quasipersonalstatut im Verkehr zwischen den Vertragsstaaten ebenfalls durch den Anknüpfungspunkt des Sitzes bestimmt.[69]

b) *Andere Länder.* Nach französischem IGR. bestimmt sich zwar das Personalstatut der Handelsgesellschaften ebenfalls durch

[67] Vergl. W. Stauffer, Das IPR der Schweiz. 1925. — E. Beck, Kommentar zum Schlusstitel d. ZGB, II. Abschn. 1932. — A. Siegwart, Das IPR im schweizerischen ZGB. 1912.

[68] E. Hafter, Kommentar zum Personenrecht, Art. 56.

[69] Vergl. hierzu A. Siegwart, Kommentar zum schweizerischen ZGB. Bd. V: OR, 3. Abt., S. 70 ff.

den Anknüpfungsbegriff des Sitzes, dieser wird jedoch am sogen. centre d'exploitation angenommen. Die Anerkennung ausländischer Gesellschaften ist durch ihre gültige Existenz nach dem Personalstatut bedingt. Ihre Qualifikation zwecks Anpassung ihrer rechtlichen Behandlung an diejenige der nächstähnlichen einheimischen Gesellschaft erfolgt überall nach der lex fori. So würde z. B. eine deutsche Offene Handelsgesellschaft in Frankreich dem Rechte der soçiété en nom collectif unterstellt und als juristische Person betrachtet. Ueberall findet sich auch die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaften durch Bestimmungen des ordre public (public policy) eingschränkt. Während die Praxis der meisten Staaten für die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf den faktischen Verwaltungssitz abstellt, knüpft man in England, den Vereinigten Staaten, Spanien, Russland, Japan an den statutenmässigen Ort der Eintragung an.[70] Nach angelsächsischer Auffassung ist nämlich die Eintragung das Kennzeichen dafür, welchem Rechte die Gesellschaft ihre rechtliche Existenz bzw. Persönlichkeit verdankt, in welchem Lande sie somit domiziliert ist und welchem Staate sie daher auf Grund des Domizilprinzips angehört. Dabei werden Zweigniederlassungen nicht gesondert geregelt, sondern als unselbständige Erscheinungsformen des Hauptunternehmens betrachtet. — Die neuere englische Gerichtspraxis hat sich dahin entwickelt, dass je nach den massgebenden Bedürfnissen der grundlegende Domizilbegriff als «quasi-domicil» oder als «commercial domicil» verwendet wird. Das normalerweise massgebende «quasi-domicil» bestimmt sich heute durch Abstellen auf «the control and management of the corporation»[71] und kann, da es überall angenommen wird, wo der Geschäftsbetrieb tatsächlich ausgeübt wird, ein mehrfaches sein. — Für den Kriegsfall ist das commercial domicil vorgesehen, das zugrundegelegt wird, sobald der Geschäftssitz oder auch nur die Geschäftsführung im feindlichen Auslande liegt.

Ergebnis:

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass für den internationalen Privatrechtsverkehr die Konstruktion der einheitlichen Persönlichkeit aller Handelsgesellschaften von grundlegender Be-

---

[70]) Näheres bei M. Ammann, Staatsangehörigkeit, S. 43 ff.

[71] Vergl. G. C. Cheshire, Private international Law. 1935. S. 123 ff.

deutung sein muss. In Ermangelung einer allgemein anerkannten solchen Lehre erwachsen heute den Personengesellschaften aus der Nichtanerkennung ihrer Persönlichkeit durch zahlreiche Rechtsordnungen mancherlei Nachteile im internationalen Verkehr. Die Theorie sucht diese Nachteile durch eine elastische Konzeption des Persönlichkeitsbegriffs sowie durch die Bestimmung des quasi-Personalstatuts mittelst Abstellen auf das von der Persönlichkeit unabhängige Merkmal der normativen Begründung auszuschalten. In der Praxis dagegen gelangt man mehr und mehr dazu, die gesetzliche Einteilung der Handelsgesellschaften in Personen und Nichtpersonen überhaupt fallen zu lassen und die ersteren, dem Bedürfnis des Verkehrs entsprechend, den letzteren in der Behandlung gleichzustellen. Dies alles trägt zu bedenklichen Unsicherheiten und zu einer schwankenden Praxis des heutigen IGR. bei. Demgegenüber ist eine die selbständige Staatsangehörigkeit und internationale Anerkennung der Handelsgesellschaften begründende Theorie der realen Verbandspersönlichkeit geeignet, den Verkehr auf sichere Grundlagen zu stellen und wesentlich zu vereinfachen. Wenn auch daher ihre Zugrundelegung im IGR. einen unbestreitbaren Fortschritt bedeuten müsste, so hat man sich anderseits doch bewusst zu bleiben, dass das IPR. als Ganzes in seiner heutigen Gestalt eine Disziplin darstellt, deren fortschrittliche Ausgestaltung infolge der Fragwürdigkeit ihrer Grundlagen nicht an ihrem äusseren Verfahren, sondern an diesen selbst anzusetzen hat.

III. ABSCHNITT

Grundsätzliche Betrachtungen zum Internationalen Gesellschaftsrecht

I. Ueber Wesen und Methode des IPR.

Wenn das heutige IPR. nicht imstande ist, durch die systematische Erzeugung gleichmässig einwandfreier Lösungen die Sicherheit und Konstanz des internationalen Privatrechtsverkehrs zu gewährleisten, so ist dies zwar z. T. auf Unzulänglichkeiten seiner praktischen Ausgestaltung zurückzuführen, vor allem aber in seinem Wesen selbst begründet. Dies wird ersichtlich, wenn man sich der Betrachtung der primären Gegebenheiten zuwendet, die seiner

Entstehung gerufen haben. Solange es verschiedene Volksgemeinschaften mit selbständigen Kulturen geben wird, werden selbständige Rechtsordnungen nebeneinander bestehen, deren materielle Verschiedenheiten, wie schon erwähnt, zu Kollisionen führen müssen und die Abgrenzung ihrer Anwendungsbereiche notwendig machen. Eine solche Abgrenzung kann nun sinngemäss ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie einheitlich, d. h. durch ein Normensystem erfolgt, das von sämtlichen Rechtsordnungen gleichmässig beachtet wird. Zur autoritären Aufstellung eines solchen fehlt es aber an einer entsprechenden überstaatlichen Instanz, während seine Schaffung auf vertraglichem Wege infolge der Verschiedenheiten der einzelstaatlichen Interessen nur in einzelnen Rechtsgebieten denkbar ist und daher nicht geeignet erscheint, eine universelle Basis für den internationalen Verkehr abzugeben. So fällt denn die Aufgabe der Schaffung einer allgemeingültigen Abgrenzung, die allein einen Sinn haben kann, der einzigen faktisch überstaatlichen Instanz zu, die ihre ideale Lösung gewährleistet: der theoretischen Wissenschaft. Die Autorität der Rechtswissenschaft beruht in der Objektivität ihrer Methode, in der durch den logischen Ausbau von Grundlagen, die sich aus der Idee des Rechts ergeben, begründeten absoluten Richtigkeit ihrer Lösungen. Dieser ihrer Methode ist aber die Wissenschaft auf dem Gebiete des IPR. zum grössten Teil untreu geworden: sie hat sich den ihrer methodischen Reinheit unzuträglichen Einflüssen des positiven Rechts und der Praxis weder restlos noch konsequent zu verschliessen vermocht. So hat heute die von der kombiniert theoretischen und praktischen Rechtswissenschaft durchgeführte Abgrenzung der Rechtsordnungen ihren ursprünglichen Sinn, ihre primäre logische Zielrichtung verloren. Denn während die objektive Wissenschaft die absolute Richtigkeit erstrebt, ohne in ihrer Zielsetzung von materiellen Interessen beeinflusst zu sein, ist alle Rechtspraxis ihrer Substanz nach an eine konkrete, staatlich-interessierte Rechtsordnung gebunden. Die eigenmächtige Abgrenzung ihrer Anwendungsbereiche durch die Rechtsordnungen kann daher die sachlichen Konflikte ihrer Inhalte nicht im Sinne der Rechtsidee lösen, sondern nur durch einseitige Willkür zu entscheiden trachten. Die Lage des internationalen Privatrechtsverkehrs entspricht heute derjenigen, die vor der Privatrechtsvereinheitlichung in der Schweiz geherrscht hätte, wenn jeder Kanton sein eigenes NAG. produziert hätte. Wie Fran-

kenstein[72] bemerkt, hat die kurzsichtige, das Wesen des Rechts verkennende Auffassung, dass jeder Staat rechtlich souverän sei und dass nur Recht sei, was der einzelstaatliche Gesetzgeber für Recht erkläre, den Weltverkehr der rechtlichen Anarchie überliefert. Die Macht des Gesetzgebers sei räumlich und formell begrenzt und was er über diese Grenzen hinaus zum Gesetz erhebe, brauche inhaltlich deshalb kein Recht im eigentlichen Sinne zu sein. In der Tat können die Normen des heute herausgebildeten einzelstaatlichen Abgrenzungsverfahrens, wie es oben kennengelernt wurde, nicht unter den rechtsphilosophischen Begriff «Recht» subsumiert werden. Besteht doch dieses Verfahren im wesentlichen darin, dass der materielle Konflikt der Sachnormen verschiedener Rechtsordnungen in einen formellen Konflikt ihrer Kollisionsnormen verwandelt wird und in dieser gemilderten Form, die es wenigstens erlaubt, z. T. auch der Natur der Sache Rechnung zu tragen, durch einen Akt der einzelstaalichen Willkür seine Entscheidung findet; dieser mit der Rechtsidee unvereinbare Akt besteht seinerseits darin, dass durch das alleinige Abstellen auf die Kollisionsnormen des Rechts des Gerichtsstandes diejenigen sämtlicher anderen in Betracht kommenden Rechte ausgeschaltet werden. Da man bei abstrakter Betrachtungsweise nach demselben Prinzip der Kompetenzanmassung auch das materielle Recht des Gerichtsstandes für allein anwendbar erklären könnte, spricht Frankenstein in diesem Zusammenhange von einer Bankrotterklärung des IPR. und sieht sich mit Recht veranlasst, dieses einer durchgreifenden Revision zu unterziehen.

II. Der Reformversuch Frankensteins

1. Vom Rechtsbegriff zum Grenzrechtsgedanken.

Die Erkenntnis der besprochenen rechtsphilosophischen Mängel des IPR. hat Frankenstein bewegt, den Versuch zu unternehmen, ein ideales IPR. auf der Basis einwandfreier dogmatischer Grundsätze aufzubauen. Er geht von der Auffassung aus, dass die verschiedenartigen, souverän nebeneinander bestehenden Rechtsordnungen bei voller gegenseitiger Achtung durch ein übergeordnetes logisches Prinzip in Einklang gebracht werden müssen. Dieses ordnende Prinzip, ohne welches keine Wissenschaft bestehen

[72] Vergl. hierfür und für das Folgende E. Frankenstein, IPR, Bd. I—IV.

könne, müsse aus den dem Wesen des Rechts immanenten Begriffen abgeleitet werden, sich also aprioristischer Grundlagen bedienen. Es zeige sich nun, dass man es im IPR. weniger mit rechtlichen als mit sprachlichen Problemen zu tun habe, da die herrschende Ver-Verwirrung hauptsächlich auf Mängel der Begriffssprache und ihrer Erkenntnis zurückzuführen sei. — Frankenstein sucht daher die Lösung der Probleme des IPR. durch die Untersuchung der Grundbegriffe des Rechts zu gewinnen und sieht die Bedingung für die Regelung des Machtstreites der Rechte in der «aus dem Wesen des Rechts fliessenden Einsicht in die Grenzen staatlicher Macht», welche allein zur «überstaatlichen Rechtsharmonie» der Zukunft führen könne.[73] Er stützt sich dabei in erster Linie auf die Ergebnisse der Sprachkritik, insbesondere Mauthners, sowie der Völkerpsychologie und beginnt mit der Untersuchung des Rechtsbegriffes selbst, wobei er zu folgenden Einsichten gelangt: Das Recht, als das Richtige, bedarf eines psychologischen Subjekts, das es als richtig empfindet. Das Urteil desselben ist aber weitgehend von der Umwelt und der Gemeinschaft bestimmt, in der es lebt, und infolge dieser Beeinflussung der Urteilenden innerhalb der Gesamtheit erscheint diese als Subjekt eines Massenurteils. So entsteht durch die Urteilstätigkeit auf ethischem Gebiete und entsprechende Abstraktion der Begriff des Rechts, dessen Inhalt primär das ist, was nach dem Urteil Aller als Grundsatz für das Handeln zu gelten hat. Die Grundlage des Rechts ist also die Ueberzeugung von der Richtigkeit, die Rechtsüberzeugung, deren zeitlich-örtliche Gebundenheit zur Folge hat, dass der Inhalt des Rechts nicht allgemeingültig festgelegt werden kann: «es gibt kein absolutes Recht vor dem geltenden Recht, kein Recht a priori».[74] Die Rechtsüberzeugung, als das Urteil der Zeit, ist in ständigem Fluss, wie das Leben selber, auf das sie sich bezieht. In diesem Sinne ist auch die Form des Rechts, das Gesetz, welches durch den Willen der Gemeinschaft, ihre Rechtsüberzeugung zur verbindlichen Richtschnur zu machen, bestimmt wird, jeweils nur der Querschnitt der zeitgenössischen Rechtsüberzeugung. Entsprechend den Bedürfnissen der Rechtssicherheit und des Verkehrs wird das fliessende Recht in feste Formen gefasst und mit Zwangsgewalt versehen. Der Zwang der Zweckgemein-

[73] A. a. O., Bd. I, S. V.
[74] A. a. O., Bd. I, S. 9.

schaft beruht auf der Drohung des Ausschlusses und ist somit von rein interner Wirkung. Für alles Gesetzesrecht aber bleibt die sich fortentwickelnde Rechtsüberzeugung der bestimmende Masstab. — Anders verhält es sich mit dem Rechte der Völkergemeinschaft: um Gesetz zu sein fehlt der überstaatlichen Ordnung die Grundlage, nämlich die Begründung durch eine Rechtsüberzeugung. Denn der Staat ist, als juristische Person und Subjekt des Völkerrechtsverkehrs, eine blosse Denkform, der die Fähigkeit abgeht, durch eine eigene Rechtsüberzeugung an der Bildung von überstaatlichem Recht mitzuwirken. Und da der Staat ein soziologisches Phänomen, eine Organisationsform, aber keine konkrete Wirklichkeit ist, kann überhaupt kein überstaatliches Recht entstehen bevor es zur Bildung einer Rechtsüberzeugung der gesamten Kulturmenschheit unabhängig von den Grenzen des Einzelstaates kommt, wofür wiederum eine gewisse Ausgleichung der Lebensbedingungen der Völker und die Entstehung eines entsprechenden Zusammengehörigkeitsgefühls die Vorbedingung ist. — Hier wäre die Bemerkung einzuschalten, dass es nach dieser Lehre kaum je zur Bildung von Völkerrecht kommen könnte; denn während schon die erwähnten ethnischen Voraussetzungen nie zutreffen werden, ist anderseits nicht einzusehen, wie der Einzelmensch zur Bildung einer Rechtsüberzeugung — und zum Willen ihrer Verwirklichung in der Form eines überstaatlichen Rechts — gelangen kann, die sich auf einen Verkehr bezieht, an dem nicht er selber, sondern der Staat teilnimmt. Zieht man dagegen die Realitätstheorie der Verbände heran, so zeigt es sich, dass die Staaten als solche der Fähigkeit zur Völkerrechtsüberzeugung nicht ermangeln, sondern nur von ihr bisher keinen wirksamen Gebrauch zu machen verstanden haben. — Sind nun, so überlegt F. weiter, Recht und Gesetz an die einzelne menschliche Gemeinschaft gebunden, so fallen die privaten Beziehungen der Angehörigen verschiedener Gemeinschaften in den rechtsleeren Raum. Die grundlegende Schwierigkeit der Erfassung dieser Beziehungen besteht darin, dass jedes Individuum zu einer Gemeinschaft gehört, deren besonderer Rechtsüberzeugung es sich angepasst hat, so dass die Beurteilung seiner Beziehungen durch eine wesensfremde Rechtsordnung zu Unstimmigkeiten führen muss. Auch widerspricht die zwangsweise Erfassung eines seiner Rechtsüberzeugung nach Nichtangehörigen durch eine staatliche Rechtsordnung dem Wesen des Rechts. Zur

Erfassung des interindividuellen Verkehrs von Staat zu Staat ist es daher unentbehrlich, die Herrschaftsgebiete der einzelnen Rechtsordnungen scharf voneinander abzugrenzen, so dass jedes einzelne Individuum stets der Herrschaft seiner eigenen Rechtsordnung unterworfen bleibt. Diese Abgrenzung festzulegen ist nun die Aufgabe eines Normenkomplexes, für den F. die Bezeichnung «Grenzrecht» vorschlägt, — möglicherweise in Anlehnung an Kahn, der den Ausdruck «Grenznorm»[75] bereits verwendete; bezeichnender und zufolge ihres lateinischen Wortstammes international brauchbarer wäre vielleicht die Bezeichnung «Delimitativrecht»,[76] — es hat sich jedoch gezeigt, dass derlei sprachliche Vorschläge wenig Aussicht auf allgemeine Annahme haben.

2. Grundsätze der Abgrenzung.

Zur Verwirklichung dieser grundlegenden Abgrenzung, fährt F. fort, bedarf es nun einer Formel, die durch ihre universelle Anwendbarkeit die internationale Gesetzesharmonie herbeizuführen geeignet ist. Zu ihrer Auffindung beschreitet er einen neuen Weg: statt die Verknüpfung des Menschen mit dem Heimatstaate als blosses Postulat zu verfechten, wie es Zitelmann tat und es seit ihm üblich ist, oder sie als biologisches Phänomen zu betrachten, wie es die romanistische Lehre tat, will er nachweisen, dass sie eine völkerpsychologische und staatsrechtliche Notwendigkeit darstellt, auf welcher als aprioristischem Axiom das gesamte Grenzrecht aufzubauen ist. Anstatt also ein Verhältnis zwischen Mensch und Rechtsordnung willkürlich zu konstruieren, stellt er einzig und vollständig auf tatsächlich bestehende Beziehungen ab, deren Auffindung eine klare Abgrenzung der Rechtsordnungen ergeben und damit die Lösung des Problems des Grenzrechts bedeuten muss. Diese primäre Verknüpfung des Menschen mit einer bestimmten Rechtsordnung sieht F. darin, dass jedermann von Geburt an einem bestimmten Staate als Bürger angehört. Jeder Bürger wirkt sowohl als Glied der Masse bei der Formung der Rechtsüberzeugung, wie auch durch Ausübung seines Stimmrechts bei der Ausgestaltung der Gesetzgebung, an dem Ausbau der Rechtsordnung des Staates mit, dem er angehört. Diese dop-

[75] F. Kahn, Abhandlungen zum IPR. 1928. Bd. I, S. 317.

[76] Vergl.: Droit délimitatif; Law of delimitation; Delimitativnorm; delimitativrechtlich usw.

pelte Beziehung zu der betreffenden Rechtsordnung begründet seine Unterworfenheit unter dieselbe. In analoger Weise findet sich jede Sache mit der Rechtsordnung des Staates verknüpft, auf dessen Gebiet sie sich befindet: auch hier kann eine «primäre Anknüpfung» an das Recht erfolgen, zu dem diese Beziehung besteht und das auf Grund dieser Anknüpfung die eindeutige Herrschaft über die betreffenden Personen und Sachen erhält. Die tatsächliche Macht jeder Rechtsordnung über alles, was sich auf dem Staatsgebiete befindet, bedeutet insoferne eine Erweiterung ihres Herrschaftsbereiches über die Personen, als sie im Rahmen des ordre public auch die Unterworfenheit von Nichtangehörigen begründet, die sich auf dem Staatsgebiete aufhalten. Ueber diesen anerkanntermassen rechtmässig vorbehaltenen Rahmen hinaus ist jedoch jede gewaltsame Unterwerfung von Nichtangehörigen ein Machtmissbrauch, also kein Recht. Staatsangehörigkeit und räumliche Lage, als primäre Anknüpfungen, die sich aus dem Wesen des Rechts ergeben, verschaffen der Rechtsordnung eine Verfügungsgewalt über Personen und Sachen, die sie entweder zur unmittelbaren, erschöpfenden Regelung ihrer Verhältnisse ausnützen oder in der Weise verwenden kann, dass sie dieselben durch sekundäre (derivative) Anknüpfung einer anderen Rechtsordnung unterwirft, die daraufhin in eindeutiger Weise sachlich zuständig erscheint. Dieses Schema des Abgrenzungsverfahrens Frankensteins enthält in seiner grosszügigen Konzeption und zwingenden Logik die Lösung der vielbesprochenen Streitfragen der Rück- und Weiterverweisung sowie sonstiger Unklarheiten der herrschenden Lehre und verdient es daher, — zunächst abgesehen von seiner praktischen Verwertbarkeit, — in seiner Anwendung aus die Personenverbände weiterverfolgt zu werden.

3. Die primäre Anknüpfung bei den Personenverbänden.

Wenn ausser Einzelmenschen auch abstrakte Gebilde Rechtssubjekte sein können, so beruht dies nach F. auf einer Fiktion: die juristische Person ist eine Denkform, die sprachliche Zusammenfassung sozialer Erscheinungen. Soll sie aber am Rechtsleben teilnehmen, so muss sie einer bestimmten Rechtsordnung unterstehen, ein eigenes, generell bestimmbares Personalstatut haben. Der Zusammenhang zwischen ihr als juristischer Denkform und einer Rechtsordnung ist durch die Tatsache gegeben, dass

sie im Rechtsleben nur auf Grund der abstrahierenden Anerkennung durch eine konkrete Rechtsordnung existiert. Diese Anerkennung erscheint als der Geburtsakt der juristischen Person und bildet den entscheidenden Zusammenhang, der die primäre Anknüpfung an das Recht gestattet, unter dessen Herrschaft sie ins Leben getreten ist. Dieses bestimmt sich beim Konzessionssystem anhand des förmlichen Anerkennungsaktes, während beim Normativsystem auf die Eintragung in das staatliche Register abzustellen ist. Das Abstellen der herrschenden Lehre auf den Sitz bedeutet somit nur dann keinen Missbrauch der Gebietshoheit, wenn dieses Verfahren dem Rechte der Errichtung zur Anwendung verhilft. Die Bestimmung des Personalstatuts der juristischen Person ist also ihren Gründern freigestellt und unterliegt höchstens der Vorbehaltsklausel. Die Rechtsverbundenheit der juristischen Person begründet zugleich ihre Staatsangehörigkeit; diese bleibt infolge ihres primären Charakters auch dann bestehen, wenn die Person durch sekundäre Anknüpfung einer anderen Rechtsordnung unterworfen wird, wodurch ein sekundäres Personalstatut begründet wird.

Für die Handelsgesellschaften ohne Persönlichkeit ist nach Frankenstein bezüglich der Vorfrage ihrer Qualifikation zunächst auch das Heimatrecht massgebend, d. h. sie unterstehen seiner Auffassung nach primär dem Rechte des Staates, dem sie angehören würden, wenn sie juristische Personen wären. Sekundär ist dann das von diesem präsumtiven Heimatrecht bestimmte Recht massgebend, so dass sich nach diesem die Rechtsnatur der Gesellschaft letztlich bestimmt. Kommt ihnen nach dem sekundären Personalstatut keine Persönlichkeit zu, so untersteht jeder einzelne Gesellschafter für seine Verpflichtungen seinem eigenen Statut, d. h. primär seinem Heimatrecht. Für die nicht einheitlich nach aussen auftretenden Gesellschaften bleibt es dabei; dagegen macht sich bei den selbständig auftretenden Gesellschaften mit vertragsmässiger Verfassung und Organisation das Bedürfnis nach einem einheitlichen Statut geltend. Dieses kann in der Rechtsordnung erblickt werden, nach deren Normen die Gesellschaft gegründet wurde, wobei diese aber nicht als das primäre Statut der Gesellschaft, die ja mangels Persönlichkeit kein solches hat, sondern als das sekundäre Statut der Gesellschafter aufzufassen ist, die sich ihm unterwerfen.

Die Resultate, die F. auf diese Weise für das IGR. erhält,

— denn dieses steht ja hier vor allem zur Behandlung, — sind vielleicht wohl methodisch, nicht aber ihrem sachlichen Inhalte nach unanfechtbar. Ist schon zu bezweifeln, dass die Anerkennung einer juristischen Person durch eine Rechtsordnung die bedeutsamste und praktisch brauchbarste Beziehung darstellt, auf welche bei der Begründung ihrer Staatsangehörigkeit abgestellt werden kann, so erscheint die fiktive Konstruktion einer primären Angehörigkeit der Personengesellschaften zum Staate ihres präsumtiven Heimatrechts erst recht bedenklich. Denn hierbei wird auf die Anerkennung der Persönlichkeit einer Gesellschaft durch eine Rechtsordnung abgestellt, von der sich später herausstellen kann, dass sie diese Anerkennung gerade verweigert; trotzdem wurde auf dieser Anerkennung ihre Kompetenz zur Qualifikation der Gesellschaft begründet. Abgesehen davon, dass hier von einer gewissen Willkür in der Konstruktion gesprochen werden kann, bildet die rechtliche Anerkennung einer Gesellschaft eine Beziehung, die zu mehreren Rechtsordnungen zugleich bestehen kann und in der Praxis daher deren Staatsangehörigkeit nicht immer eindeutig festlegen wird. Wenn somit dieses Verfahren Frankensteins zur Begründung der primären Anknüpfung bei der Bestimmung des Personalstatuts der Handelsgesellschaften abgelehnt werden muss, so ist doch an dem methodischen Grundgedanken festzuhalten, den es zu verwirklichen sucht. Denn wenn auch F. zugibt, dass das Gebäude seines Grenzrechts ein künstliches Mittel zur Regelung des zwischenstaatlichen Verkehrs sei und keinen vollwertigen Ersatz für die fehlende überstaatliche Ordnung darstellen könne, so bleibt nichtsdestoweniger das Prinzip der primären Anknüpfung, auf dem er es aufbaut, die Grundlage der einwandfreien Abgrenzung der Rechtsordnungen. In diesem Sinne läge es nahe, das unbefriedigende Anknüpfungsverfahren bei den Handelsgesellschaften durch dasjenige zu ersetzen, das auf die physischen Personen zur Anwendung gebracht wird. So könnte man unter Verwertung der Erkenntnis der realen Persönlichkeit aller Handelsgesellschaften ihr primäres Personalstatut in dem Rechte erblicken, an dessen Bildung und Weiterentwicklung sie durch ihre individuelle Rechtsüberzeugung, deren sie als reale Kollektivrechtssubjekte fähig sind, mitwirken. Allein, so einwandfrei die Anknüpfung an das rechtsphilosophische Moment der gemeinsamen Rechtsüberzeugung, bei rein abstrakter Betrach-

tung, für physische wie für juristische Personen erscheinen mag, so wenig ist sie im konkreten Falle praktisch bedeutsam. Ist schon der Einfluss des Durchschnittsindividuums auf die Bildung einer gemeinschaftlichen Rechtsüberzeugung gering, so erscheinen die sachlichen Unstimmigkeiten, die sich normalerweise aus seiner Beurteilung durch eine fremde Rechtsordnung ergeben können, an deren Bildung er überhaupt nicht beteiligt war, erst recht minimal; die Beziehung zwischen dem Einzelnen und dem Rechte des Staates, dem er angehört, erscheint von diesem Gesichtspunkte als rein formell. Unter Beibehaltung von Frankensteins Prinzip der objektiven Abgrenzung der Rechtsordnungen durch Anknüpfungspunkte, die sich aus dem Wesen des Rechts ergeben, muss daher versucht werden, primäre Anknüpfungen von sachlich ausschlaggebender Bedeutung zu begründen. Vorher aber muss ein Problem Berücksichtigung finden, dessen Uebergehung durch F. ihn vor allem die Zustimmung der Praxis gekostet hat: die Frage der praktischen Verwirklichung seiner idealistischen Methode des IPR. Der sachliche Einwand der Praxis gegen Frankensteins Lehre, sie stelle auf präjuristische Beziehungen ab, die wohl wissenschaftliche Axiome ergäben, deren praktischer Rechtswert aber fraglich sei, ist in dieser zu generellen Formulierung allerdings haltlos. Alle Geisteswissenschaft geht gezwungenermassen auf Axiome zurück, denn diese sind es, durch welche die logische Konstruktion an den Einsichtsbereich der menschlichen Vernunft geknüpft bleibt. So muss auch das richtige Recht auf ethischen Axiomen beruhen. Dagegen stehen Frankensteins Lehre die Anknüpfungsbegriffe und Bestimmungen des positiven IPR. der Länder gegenüber, welche als geltendes Recht konkrete Anwendung beanspruchen und zur Entwicklung einer Praxis geführt haben, in deren Komplex für dogmatische Reformen kein Raum bleibt.[77] Der unaufhaltsame Ablauf des Verkehrs

[77] Vergl. K. Neumeyer, Frankensteins 2. Bd., Zeitschr. für ausländ. u. internat. Privatrecht. 1927 ff. Hg. E. Rabel. 3 Jg. 1929, S. 260 ff. Dieser Autor erhebt einen Einwand, der für den im positiven Recht verfangenen Praktiker bezeichnend ist, indem er sagt: «Für den Juristen ist einziger Gegenstand der Erkenntnis die Geltung einer Anordnung und der Sinn, der sich damit verbindet.» (A. a. O., S. 262.) Diese Bemerkung zeigt bereits den grundlegenden Gegensatz der beiden Auffassungen und macht jede weitere Diskussion von vorneherein fruchtlos: die darin zum Ausdrucke kommende Kluft zwischen der praktisch-positivistischen und der theoretisch-

erfordert vor allem praktische Lösungen auf der Grundlage des vorhandenen IPR. und hat zur Folge, dass die Praxis unter dem Drucke dieses Postulates den methodischen Konstruktionen des abstrahierenden Theoretikers keine Beachtung zu schenken geneigt ist. Hier ist die Theorie mit der richtigen Lösung zu spät gekommen,[78] aber wenn ihr auch deswegen die Verantwortung für die Unrichtigkeit im Sinne der Rechtsidee von zahllosen Entscheidungen zufällt, so ist und bleibt es doch ihre Berufung, wenigstens für die Zukunft den Weg zu weisen, auf dem eine missratene Praxis unter das Primat der Rechtsidee zurückgeführt werden kann. Hierzu genügt es aber nicht, die richtige Konstruktion, wie Frankenstein es tut, abstrakt zu entwerfen, sondern es muss auch gezeigt werden, auf welche Weise sie sich der bestehenden Praxis substituieren lässt.

III. Das Interesseprinzip in international-rechtlicher Betrachtung

1. Zum Problem der überstaatlichen Kollisionsrechtsvereinheitlichung.

Die Verschmelzung von subjektiven Interessen Mehrerer zu einer Gesamtsphäre, die nach aussen einheitlich vertreten wird, hat sich als das Grundprinzip aller Personenverbände erwiesen. So ist denn auch der Staat nichts anderes als eine Organisation zur Wahrung gemeinsamer Interessen seiner Mitglieder. Diese haben sich, wie es in jedem organisierten Verbande der Fall ist, generell der Verfügungsmacht über jenen Teil ihrer Interessensphäre begeben, der die allen Mitgliedern gemeinsamen Interessen umfasst. Durch diesen Organisationsvorgang unterwerfen sie sich mit Bezug auf einen bestimmten Bereich unter die Macht des Organismus, dem die Verfügung über die Gemeinsphäre zugeteilt ist. Infolge des generellen Charakters dieser Bindung ist dabei die staatliche Organisation in der Lage, auf Grund der ihr übertragenen Macht autoritär über Umfang und Art der Gemeininteressen

konstruktiven Methode ist zu tief, um sich durch Kompromisse überbrücken zu lassen.

[78] Vergl. die resignierte Bemerkung W. Burckhardts (Methode und System, S. 126): «Der Theoretiker kommt immer zu spät; das von Anfang an verpfuschte Werk des Gesetzgebers nachträglich „wissenschaftlich", d. h. harmonisch zu konstruieren, ist eine undankbare Aufgabe.»

zu erkennen und auf diese Weise von sich aus das Verhältnis von Individual- und Gemeinsphäre festzulegen. Diese Erscheinung artet regelmässig zu einem Ueberhandnehmen der staatlichen Tendenz zur Ausdehnung der Gemeinsphäre auf Kosten der Individualsphären aus und staatliche Gemeinschaften, in denen der primitive Herdentrieb besonders entwickelt ist, laufen daher die Gefahr, von der logisch wie historisch primären Zweckbestimmung des Staates als eines Verbandes zur Wahrung individueller Interessen abzukommen. Demgegenüber ist die Besinnung auf den dargelegten präjuristischen Entstehungsgrund der staatlichen Autorität, wie noch zu zeigen ist, geeignet, das Verständnis für die Fragen des überstaatlichen Rechtsbereiches zu fördern. — Grundsätzlich ist zunächst festzuhalten, dass die gemeinsame Wahrung kollektiver Interessen der rationellen Organisation ruft, dass diese die Unterwerfung der Einzelnen unter eine Macht mit sich bringt, die über die Gemeinsphäre zu verfügen befugt ist, und dass diese Macht zufolge ihres generellen Charakters die Tendenz zur Ausdehnung aufweist. Macht ist die Fähigkeit zur Verwirklichung von Interessen. Die Macht der Organisation beruht auf der ihr übertragenen Verfügung über, d. h. Kompetenz zur Verwirklichung von Gemeininteressen. Sie ist daher ihrem Umfange nach festgelegt durch den Bereich, mit Bezug auf welchen die Einzelnen sich ihrer persönlichen Verfügungsmacht begeben haben und beläuft sich dem Grade nach gegenüber dem Einzelnen auf die Höhe des Interesses, das er an der seine Unterwerfung erfordernden Organisation hat; dieses Interesse ist aber gleich der Summe aller Gemeininteressen, welche die Organisation für ihn verwirklicht, vermehrt um das Interesse am Nichteintritte gewisser nachteiliger Folgen, die im Sinne von Sanktionen an seine Nichtunterwerfung geknüpft sein können und die im höher organisierten Verbande neben der primitiven Drohung des Ausschlusses die Macht der Gemeinschaftsorganisation zu garantieren berufen sind. Diese elementare Wechselbeziehung von Organisation und überindividueller Macht lässt sich an sämtlichen Zweckverbänden bis zum Staate hinauf beobachten und ist, über den einzelstaatlichen Bereich hinaus, die Ursache der Unvereinbarkeit des Völkerrechts, d. h. der rechtlichen Organisation der Völkergemeinschaft, mit dem Prinzip der staatlichen Souveränität, das die Machtvollkommenheit des ein-

zelnen Staates zum Inhalte hat.[79] Dies wird von der jüngeren Völkerrechtstheorie übersehen, die den Machtgedanken zu Unrecht in extremen Gegensatz zum Rechtsgedanken stellt und durch die Organisation der Welt die Erscheinungen Macht und Zwang ausschalten zu können glaubt, — während gerade die Macht eine solche Organisation überhaupt erst ermöglicht, da, wie Binder bemerkt,[80] das blosse Sollen kein Recht ausmacht und jede Organisation der Macht bedarf. Wenn heute keine umfassende, von einer überstaatlichen Macht relativ verbindlich gemachte Völkerrechtsordnung besteht, so hat dies seinen Grund darin, dass die Staaten infolge der bewusst egozentrischen Beschränktheit ihres Gesichtsfeldes kein subjektives Interesse an einer überstaatlichen Ordnung empfinden und daher eine solche nicht zum völkergemeinschaftlichen Gesamtinteresse werden kann. Soweit aber auf einzelnen Gebieten das Interesse an einer überstaatlichen Regelung besteht, liegt ohne Zweifel positives Völkerrecht vor. Es ist nicht richtig, mit dem Argumente des nichtzwingenden Charakters des Völkerrechts beweisen zu wollen, dass dieses, soweit es heute besteht, kein Recht im eigentlichen Sinne sei. Jeder Zwang, ausser der direkten Einwirkung von überlegener physischer Gewalt, ist relativ. Die Relativität seiner Verbindlichkeit ist für das Recht begriffswesentlich. Der Unterschied zwischen dem Völkerrecht und dem staatlichen Recht ist daher kein wesentlicher, sondern einer des Grades seiner praktischen Verbindlichkeit. Soferne das Interesse an seiner Respektierung das situationsgegebene Interesse an seiner Verletzung übertrifft, ist auch das bestehende Völkerrecht zwingend, d. h. verhaltensbestimmend; das Interesse an seiner Beachtung zu steigern, wird daher die Aufgabe sein, deren progressive Erfüllung dereinst zur Entstehung eines umfassenden, normalverbindlichen Völkerrechts führen könnte. Der Weg, auf dem ein solches systematisch zu konstruieren wäre, ergibt sich aus dem Prinzipe der Machtorganisation. Es wurde gesagt, dass in jedem organisierten Personenverbande die Macht, der sich das Individuum bezüglich jedes einzelnen der durch die Organisation kollektiv gewahrten Interessen unterworfen findet, infolge der organisatorischen Verknüpfung dieser Interessen einem ihrer Summe

[79] Vergl. dazu H. Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920.

[80] J. Binder, Rechtsphilosophie, S. 585.

entsprechenden Faktor gleichkommt. Mit andern Worten: das Interesse des Einzelnen an seiner Unterwerfung unter die Machtorganisation, d. h. seine Bindung an diese oder die Verbindlichkeit derselben für ihn, ist mit Bezug auf jedes einzelne der Interessen, deren Wahrung er generell der Organisation übertragen hat, nicht etwa nur so gross wie dieses selbst, so dass er sich unter Verzicht auf dessen kollektive Wahrung aus der Unterwerfung befreien könnte; die organisatorische Zusammenfassung der einzelnen Interessen, deren kollektive Wahrung er der Organisation übertragen hat, zu einem Gesamtinteresse an der Mitgliedschaft bewirkt vielmehr, dass das Interesse des Einzelnen an seiner Unterwerfung im konkreten Falle zufolge der Möglichkeit der Organisation, ihn dieser Mitgliedschaft verlustig zu erklären, stets so gross ist, wie die Summe aller Interessen, welche die Organe kollektiv zu wahren berufen sind. Die durch die Mitgliedschaft an einer Organisation begründeten Verpflichtungen sind also praktisch zwingend, solange ihre Verletzung im Einzelfalle nicht ein grösseres Interesse darstellen, als die Mitgliedschaft selber. In diesem Sinne ergibt sich, dass nur eine komplexe rechtliche Organisation der Völkergemeinschaft faktisch zwingendes Völkerrecht zur Entstehung bringen kann, während die Verbindlichkeit von Einzelbestimmungen und Teilregelungen auf vertraglicher Grundlage und ausserhalb des Rahmens einer mehr oder weniger umfassenden Organisation stets nur durch das momentane Interesse der Staaten an deren Einhaltung bestimmt sein wird. Die Zukunft des Völkerrechts muss also in der zielbewussten, möglichst umfassenden logischen und kausalen Verknüpfung jener staatlichen Interessen liegen, denen die vereinzelten Bestimmungen des bestehenden positiven Völkerrechts dienen; auf diese Weise wäre ein Rechtssystem zu schaffen, innerhalb dessen der Verletzung einer einzelnen Norm das Interesse an der allgemeinen Verbindlichkeit sämtlicher anderen entgegenstünde. Dieses abstrakt und schematisch anmutende Postulat lässt sich in der Praxis dadurch verwirklichen, dass die einzelnen Staaten zum Beitritte an einem Kollektivvertrage aufgefordert werden, in dem zweierlei festgelegt ist. Völkerrechtsgemeinschaft in Frage kommen. Zweitens, dass diese Mitgliedseigenschaft ihrerseits von der Respektierung des bestehenden bzw. von einer internationalen Instanz noch zu schaffenden Völkerrechts abhänge, so dass ein Staat, der sich einer Völker-

rechtsverletzung schuldig mache, automatisch sämtlicher Vorteile verlustig gehe, die ihm aus seiner Betrachtung als Mitglied der Völkergemeinschaft durch die übrigen Staaten erwachsen. Damit wäre die erste Phase eines Organisationsprozesses erreicht, dessen Auslösung in dem Augenblicke möglich sein wird, da das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Förderung des Verkehrs bei den Staaten die Abneigung gegen die rechtliche generelle Bindung übertreffen wird. Die einzelstaatliche Scheu vor der Preisgabe ihrer absoluten Souveränität sowie die verwurzelte Auffassung, dass diese zum wesentlichen Inhalte des Staatsbegriffs gehöre, bilden aber heute noch gewichtige Momente, die der überstaatlichen Rechtsorganisation im Wege stehen. Diese ist also von der Verbreitung der Einsicht abhängig, dass der interessenmässig bedingte Beitritt zu einer bindenden Organisation nicht die Preisgabe eines Teiles der staatlichen Sphäre, sondern deren rationelle Wahrung bedeutet. Die Behauptung, die Existenz einer überstaatlichen Instanz beeinträchtige jene der Einzelstaaten, kommt einer Verkennung des Wesens der Organisation gleich. Diese erscheint im rechtsphilosophischen Sinne weniger als «ein System von rechtlichen Anordnungen, die auf die Verwirklichung des Rechts gerichtet sind»[81] und deren erzwungene Befolgung die Persönlichkeit des Individuums beeinträchtigt, wie vielmehr als die Gleichschaltung von subjektiven Interessen zwecks Gewährleistung der allgemeinverbindlichen Regelung ihrer Wahrung. Ebensowenig, wie die Gesamtpersönlichkeit des Einzelnen durch die teilweise Unterstellung seiner Sphäre unter die Organisationsmacht einer Handelsgesellschaft oder des Staates als solche beeinträchtigt wird, verliert der Einzelstaat in der überstaatlichen Rechtsorganisation seinen Charakter als selbständiges Kollektivrechtssubjekt. Während sich also die diesbezüglich noch herrschenden Bedenken als haltlos erweisen, kann ein im Sinne der Verzögerung der überstaatlichen Rechtsbildung bedeutend schwererwiegendes Moment in der geistigen Situation der Zeit erblickt werden. Für diese ist der Mangel der Staaten an dem, was Frankenstein mit Bezug auf die Individuen als internationale Rechtsüberzeugung bezeichnet, charakteristisch. Die national-egoistisch betonte politische Theorie der Gegenwart stellt den Verkehr der Staaten auf die Grundlage eines rücksichtslosen Utilitarismus, neben dem für die überstaatliche Idee einer

[81] W. Burckhardt, Die Unvollkommenheit des Völkerrechts. 1923.

absoluten Ethik kein Platz bleibt. Ist aber diese Krise der internationalen Moral einmal überwunden, so werden mit den friedlichen Interessen der Kulturvölker auch die Voraussetzungen gegeben sein, auf Grund welcher eine Entwicklung des Völkerrechts in obigem Sinne möglich sein wird. Im Verlaufe derselben wird die bindende Kraft des Völkerrechts jene Wandlung erfahren, die es von einer Koordinationsregelung, die es heute ist, zu einer Subordinationsregelung machen wird, wie sie nach Binder[82] jedes Recht sein sollte, wenn auch sein Rechtscharakter von der Unerzwingbarkeit nicht beeinträchtigt werde.[83] Auch dann wird jedoch der von ihm ausgeübte Zwang, wie der jeder abstrakten Ordnung, ein relativer bleiben und von seiner faktischen Erzwingbarkeit wird erst die Rede sein können, wenn hinter der rechtlichen Organisation die militärische ihre praktische Bewährung im konkreten Falle gewährleisten wird. Nach Ansicht Burckhardts, der eine Rechtsordnung, die der Möglichkeit des absoluten Zwanges entbehrt, als a priori unfähig betrachtet, die Idee des Rechts zu verwirklichen,[84] wird erst dann das Völkerrecht als vollwertig betrachtet werden können. Seine Entwicklung zu dieser letzten Stufe betrifft jedoch ebensowenig das Völkerrecht selbst und seinen Begriff, wie die Organisation der Polizei für den Begriff des staatlichen Rechts wesentlich ist; es handelt sich hier vielmehr um die Ausgestaltung der Technik seiner Bewährung und es ergibt sich also, dass während eine relative Zwangsgewalt allem Völkerrecht zukommt, sein vorläufiger Mangel an absoluter Zwangsgewalt seinen Begriffsinhalt nicht berührt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass eine überstaatliche Rechtsordnung nicht als Utopie, sondern als das wahrscheinliche Resultat einer normalen völkerpsychischen und juristisch-organisatorischen Entwicklung anzusehen ist, deren Verzögerung wohl nicht zuletzt dem von Zitelmann gebrandmarkten Mangel an einer fruchtbaren wissenschaftlichen Durchdringung des Völkerrechts zuzuschreiben ist.[85] — In einer solchen, den zwischenstaatlichen Interessenverkehr erfassenden Rechtsordnung wird aber vor allem auch die Regelung der Kompetenz einzelner Staaten zur Erfassung

[82] J. Binder, Philosophie des Rechts, S. 585.
[83] J. Binder, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935. S. 128.
[84] W. Burckhardt, Die Unvollkommenheit des Völkerrechts, 1923.
[85] E. Zitelmann, Die Unvollkommenheit des Völkerrechts, 1919.

des Privatverkehrs zwischen ihren Angehörigen und solchen anderer Staaten inbegriffen sein. Stellt doch gerade die Anwendung der im Sinne der Rechtsidee zuständigen Rechtsordnung auf die verschiedenen Rechtssubjekte eines jener heute so seltenen ethischen Gemeininterssen aller Staaten dar, die in erster Linie der überstaatlichen Rechtsorganisation rufen. — Die vorangehenden Ausführungen verfolgten den Zweck, einen Einwand a priori zu entkräften, den jeder Praktiker gegenüber der Konstruktion von abstrakten Grundsätzen eines einheitlichen überstaatlichen IPR. erheben wird:[86] ein solches sei praktisch nicht zu verwirklichen, seine theoretische Erörterung daher müssig. Soweit dieser Zweck als erreicht betrachtet werden kann, ergibt sich aus dem Obigen für den heutigen Juristen die Aufgabe, die ideale Ausgestaltung dieses überstaatlichen Kollisionsrechts der Zukunft durch Ermittlung seiner aus dem Wesen des Rechts sich ergebenden Grundlagen theoretisch vorzubereiten.

2. *Die interessenmässige Beziehung als sachliche Grundlage der primären Anknüpfung.*

Der Einzelne wird als Mitglied einer staatlich organisierten Gemeinschaft bezüglich seiner Gemeininteressen, d. h. jenen Teil seiner subjektiven Interessensphäre, der in der Gesamtsphäre des Staates verschmolzen ist, gegenüber sämtlichen aussenstehenden Interessenträgern, seien sie fremde Staaten oder einzelne ihrer Angehörigen, ausschliesslich durch die staatliche Organisation vertreten. Dagegen tritt er mit Bezug auf jenen Teil seiner subjektiven Sphäre, deren selbständiger Beherrschung er sich nicht begeben hat, nämlich den gesamten Bereich seiner spezifisch persönlichen Interessen, auch im internationalen Verkehre als selbständiges Rechtssubjekt auf. Dementsprechend kann er sowohl mit einzelnen Angehörigen fremder Staaten, wie mit diesen selbst als Kollektivrechtssubjekten in privaten Verkehr treten. Diese Auffasung sieht sich allerdings in Gegensatz zu den Ausführungen W. Burckhardts,[87] wonach der Staat den Einzelnen in seinem Verhältnisse

---

[86] Dieser Einwand ist denn auch von der Praxis gegenüber den Lehren Frankensteins sofort erhoben worden und hatte deren fast einheitliche Ablehnung zur Folge.

[87] W. Burckhardt, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten. 1924. S. 19.

nach aussen rechtlich total absorbiere, so dass es zwischen den einzelnen Angehörigen verschiedener Staaten keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen gebe, die nicht über den Umweg des Völkerrechts führten, das den Staat für das Verhalten seiner Angehörigen verantwortlich mache. Der Staat habe für den Einzelnen «das ausschliessliche jus repraesentationis omni modo gegenüber Allen, die nicht seinem Verbande angehören». Während dies oben für den Bereich der Gemeininteressen zugegeben ist, trifft es u. E. für den Privatverkehr nicht zu, der vielmehr den Staat nur generell interessiert, indem er von diesem in Verwirklichung eines Gemeininteresses rechtlich erfasst und gesichert wird. Jeder Staat stellt also zum Zwecke der Verwirklichung der Rechtsidee der in ihm organisierten Gemeinschaft eine Privatrechtsordnung auf, die ihrer Natur nach primär nur zur Erfassung seiner eigenen Angehörigen kompetent erscheint. Bleibt man sich des Wesens des Staates als Zweckverband bewusst, dessen Institutionen prinzipiell einerseits nur seine Mitglieder zu erfassen vermögen, anderseits nur von diesen in Anspruch genommen werden können, so stellt sich die Frage der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der Rechtsordnungen, mit Hinblick auf Rechtssubjekte in der Form der Frage nach den Voraussetzungen ihrer Staatsangehörigkeit, während sie mit Bezug auf Sachen im Sinne Frankensteins als durch die territoriale Beziehung der räumlichen Lage beantwortet zu betrachten ist. Die persönliche Beziehung zum Staate und nicht die sachliche zu seiner Rechtsordnung erscheint also als Grundlage für die Bestimmung der primären persönlichen Rechtsunterworfenheit. Dieser Grundsatz steht im Einklang mit der Auffassung Frankensteins, welche dahin geht, dass es der grosse Irrtum der herrschenden Lehre sei, die Einheitlichkeit der Beziehungen zwischen Mensch und Rechtsordnung zu leugnen und die Anknüpfung von Fall zu Fall zu suchen. Vor allem aber entsprechen die hier gewonnenen Grundlagen dem von Frankenstein mit Recht aufgestellten grundlegenden Postulate der Anerkennung einer primären Bindung des Individuums an einen bestimmten Staat überhaupt, — einer nicht willkürlich, sondern sachlich begründeten Beziehung, welche dem betreffenden Staate und seiner Rechtsordnung die Zuständigkeit (im rechtsphilosophischen Sinne) zur autoritären Erfassung des Einzelnen verleiht. Die Zugrundelegung dieses elementaren Gedankens einer absolut gegebenen Kompetenz zur Unterwerfung eines

Rechtssubjekts unter eine bestimmte Rechtsordnung ist das wesentliche Moment, das das System Frankensteins rechtsphilosophisch über die Theorien stellt, die, unter Verneinung der originären einheitlichen Bindung des Menschen an eine einzige Rechtsordnung, der einzelstaatlichen Willkür die verschiedensten Anknüpfungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen zu sollen glauben. In diesem Sinne scheint auch Neumeyer[88] zu übersehen, dass es sich beim Prinzipe der primären Anknüpfung nicht darum handelt, den einzelnen Menschen ausschliesslich einer einzigen Rechtsordnung zu unterwerfen, sondern vielmehr darum, die Kompetenz einer Rechtsordnung zur Verwirklichung der Rechtsidee mit Bezug auf den Einzelnen festzulegen. In der Folge ist es dem Gesetzgeber anheimgestellt, durch alternative Unterwerfung der Tatbestände unter die eigene, oder mittels sekundärer Anknüpfung unter eine fremde Rechtsordnung für die Anwendung der dem jeweiligen Tatbestande seiner Natur nach «nächsten» Rechtsordnung zu sorgen. — Wenn nun hier für diese primäre Anknüpfung auf das Merkmal der Staatsangehörigkeit abgestellt wird, so erhebt sich zunächst die Frage: Wer kann und muss (im Sinne der Wissenschaft) als Angehöriger einer staatlichen Gemeinschaft betrachtet werden?

Die Staaten sind Interessengemeinschaften mit Bezug auf klimatische, geographische, historische, rassische, religiöse, sprachliche, kulturelle Momente. Die grundsätzliche Beantwortung der Frage nach der Zugehörigkeit eines Interessenträgers zu einer staatlichen Gemeinschaft muss sich daher in erster Linie aus der Identität eines Teiles seiner subjektiven Interessen mit denen einer solchen ergeben. Ob nun, wie es logisch und historisch primär scheint, die Gemeinsamkeit von Interessen zur Begründung einer Gemeinschaft bzw. zur Erwerbung ihrer Mitgliedschaft führt, oder ob das andauernde Leben in einer Gemeinschaft, in die man hineingeboren wird, umgekehrt diese Gemeinsamkeit erst begründet, ist prinzipiell gleichgültig; in beiden Fällen besteht eine interessenmässige Beziehung zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft, die seine materielle Zugehörigkeit zu dieser begründet. Der Mannigfaltigkeit menschlicher Lebensverhältnisse ist damit jedoch nicht Rechnung getragen; das Leben des Einzelnen braucht in einer Gemeinschaft weder von Dauer zu sein, noch zur entschei-

[88] A. a. O., S. 260 ff.

denden Gemeinsamkeit der Interessen zu führen. Die Verschiedenartigkeit einzelmenschlicher Interessen kann vielmehr zur Folge haben, dass ein Individuum Beziehungen zu mehreren staatlichen Gemeinschaften aufweist, so dass man, zur Begründung einer eindeutigen Zugehörigkeit zu einer von ihnen, auf jene Interessen abzustellen hat, die den bedeutsamsten Komplex bilden. Die hierzu erforderliche Abwägung der subjektiven Interessen wird dadurch erschwert, dass man zwischen materiellen und ideellen Interessen zu unterscheiden hat. Die ersteren sind solche, die mit der äusseren Lebensführung zusammenhängen. Da heute die zivilisierte Welt restlos in Staatsgebiete aufgeteilt ist, gibt es in ihr keine ausserstaatliche Existenzmöglichkeit, sondern die materiellen Interessen jedes Individuums begründen, indem sie bei seiner Geburt akut werden, schon mit dieser eine Beziehung zu dem Staate, auf dessen Gebiet sie erfolgt. Die ideellen Interessen dagegen sind bei der Geburt noch latent und entwickeln sich erst mit dem Individuum selbst und seiner Psyche; zu ihnen sind vor allem die Gefühle der Verbundenheit zu einem Staate zu rechnen, wie sie der Familiensinn, die Tradition, die Kenntnis der Geschichte etc. hervorrufen. Soferne nun jemand im Lande seiner Väter geboren und erzogen wird, wie es der Normalfall ist, lässt die parallele Entwicklung seiner materiellen und ideellen Interessen keinen Zweifel über seine Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft zu, solange er sich weiterhin in dieser aufhält. Wird dagegen ein Individuum in fremdem Lande geboren, bzw. verlässt es früher oder später sein Vaterland, so erschiene es ebenso sinnlos wie unmöglich, seine interessenmässige Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft durch eine generelle Formel festlegen zu wollen. In diesen Fällen kann vielmehr nur das Individuum selbst, bzw. während der Zeit seiner Unmündigkeit sein gesetzlicher Vertreter, entscheiden, zu welcher staatlichen Gemeinschaft er seinen Interessen nach richtigerweise als zugehörig zu betrachten sei.

Wenn nun das Interesse des Einzelnen an seiner Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft in erster Linie berücksichtigt wurde, weil alle menschlichen Interessen ihrer Natur nach letzten Endes Individualinteressen sind und diese daher rechtsphilosophisch primär erscheinen, so muss in zweiter Linie in Betracht gezogen werden, dass die Staatsangehörigkeit des Einzelnen zufolge der durch sie begründeten status der Leistung für und an den Staat

auch ein Interesse der Gemeinschaft darstellt, bzw. zufolge irgendwelcher Gründe für dieselbe unerwünscht sein kann. Kann nun eine Gemeinschaft die Zugehörigkeit keinem Aussenstehenden aufzwingen, so erscheint sie anderseits doch befugt, über deren Zuerkennung selbständig im Sinne ihrer Gemeininteressen zu entscheiden. Dies wirkt sich zunächst mit Bezug auf Neugeborene und Staatenlose in der Weise aus, dass wenn von ihrer Seite das Interesse an der Erwerbung der Staatsangehörigkeit besteht und anderseits die Gemeinschaft an deren Verleihung interessiert ist, die theoretischen Voraussetzungen für deren Begründung erfüllt sind, während ein nur einseitiges Interesse zu ihrem Zustandekommen nicht genügt. Bezüglich solcher Individuen, die bereits eine Staatsangehörigkeit besitzen, erschiene es zwecks Vermeidung von Doppelbürgerschaften wünschenswert, wenn zu diesen Voraussetzungen für die Erwerbung einer (neuen) Staatsangehörigkeit die Bedingung der Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit hinzukäme. Denn infolge der Unterworfenheit der Mitglieder eines Staatsverbandes unter die die Gesamtinteressen der Gemeinschaft wahrende Organisationsmacht, entscheidet diese zwingend über die Beibehaltung oder den Verlust ihrer Staatsangehörigkeit durch jene einzelnen Gemeinschafter, die unzweifelhaft als Angehörige qualifiziert sind. Diesbezüglich wären, um einem Missbrauche der Personalhoheit im Sinne einzelstaatlich-willkürlicher Abweichungen von der Rechtsidee vorzubeugen, gewisse zwischen- bzw. überstaatliche Bestimmungen erforderlich. So sollten zur Erleichterung des Wechsels der Staatsangehörigkeit aus Billigkeitsgründen die Staaten etwa angehalten werden, auf Grund gegenseitiger Vereinbarung solche Angehörige zu entlassen, deren Zugehörigkeit infolge dauernden Aufenthaltes auf dem Gebiete eines anderen Staates für diesen ein Interesse bedeutet, das für sie selber nicht oder kaum mehr besteht.

Diese schematische Konstruktion der Staatsangehörigkeit kann nun, ohne dass es hier möglich wäre, auf Einzelheiten näher einzutreten, mit Hinblick auf die Schaffung einer einwandfreien Grundlage für die primäre Anknüpfung bei den Handelsgesellschaften in analoger Weise auf juristische Personen bezogen werden. Auch die juristische Person ist durch wechselseitige Interessenbeziehungen mit einem bestimmten Staate verbunden, dessen Rechtsordnung infolgedessen zur Anwendung auf sie allein zu-

ständig erscheint. Die Tatsache, dass ihre Interessen besonderer Art, nämlich bei den Handelsgesellschaften ausschliesslich wirtschaftliche sind, und dass dementsprechend die ihre Zugehörigkeit zu einer staatlichen Gemeinschaft begründenden Beziehungen zu dieser bestimmte Merkmale der einzelmenschlichen Staatsangehörigkeit nicht aufweist, bildet für die Verwendung des Begriffes der Staatsangehörigkeit bei den Handelsgesellschaften kein Hindernis. Vielmehr ergibt sich aus dem eindeutigen Charakter der Interessen wirtschaftlicher Verbände bei der Bestimmung ihrer Angehörigkeit insofern eine Vereinfachung, als das Kollektivbewusstsein des späteren Rechtssubjekts schon bei seinen Gründern vorhanden ist. Diese können daher die allgemeine Richtung der künftigen Interessen einer Gesellschaft schon bei der Gründung in der Weise berücksichtigen, dass sie dieselbe in dem Staate und damit nach dem Rechte ihrer Wahl vorzunehmen trachten. Auf diese Weise entsteht schon bei ihrer Bildung eine eindeutige Beziehung der Gesellschaft zu einem bestimmten Staate, welche ihre interessenmässige Zugehörigkeit zu demselben begründet und damit die — vorläufig allerdings erst einseitige — Voraussetzung für ihre Nationalität abgibt. Denn ob der betreffende Staat einer Gesellschaft die von ihr angestrebte Staatsangehörigkeit verleihen solle oder nicht, muss seinem Ermessen überlassen bleiben. Dieses findet seinen Ausdruck in der Aufstellung normativer Bedingungen für die gültige Gesellschaftsgründung nach einheimischem Recht und damit also, im Sinne obiger Ausführungen, für den Erwerb der Staatsangehörigkeit. Die Voraussetzungen hierfür ist jeder Staat im Sinne seiner Interessen festzulegen befugt, wenn auch Gründe der internationalen Rechtssicherheit für ihre möglichst einheitliche Bestimmung sprechen. Entscheidend dürfte in diesem Sinne wohl die wirtschaftliche Gesamttendenz eines Unternehmens sein, deren Berücksichtigung grade für die Schweiz als wirksame Massnahme gegen die wirtschaftliche Ueberfremdung von Bedeutung ist. Denn wenn auch, wie Utzinger[89] ausführt, die Struktur der schweizerischen Wirtschaft ihre Entwicklung in weltwirtschaftlichem Sinne mit sich bringt und zur rationellen internationalen Arbeitsteilung sowie zum Handelsverkehre mit dem Ausland unter dem Zeichen einer gesunden Konkurrenz drängt, so dass eine gewisse wirt-

[89] E. Utzinger, Wirtschaftliche Ueberfremdung und Abwehrmassnahmen. 1917.

schaftliche Abhängigkeit in diesem Sinne nicht zu vermeiden ist, so bildet doch die Durchsetzung der Wirtschaft mit fremden Elementen im Lande selbst eine gewisse Gefahr für die politische Selbständigkeit und nationale Individualität des Landes. Von ähnlichen Ueberlegungen geleitet, betrachtet Grossmann[90] die Kontrolle der Produktionsprozesse, die alle Unternehmensformen gleichmässig betrifft, indem sie generell den Beteiligungskoeffizienten von ausländischen Rohstoffen und Arbeitskräften an den Fertigprodukten feststellt, als das erfolgreichste Mittel zur Aufdeckung der ausländischen Interessen der Unternehmen bzw. ihres nationalen Charakters.

Bezüglich des Wechsels ihrer Staatsangehörigkeit durch eine Handelsgesellschaft kann im Prinzipe auf das bei den physischen Personen Gesagte verwiesen werden. Hier handelte es sich lediglich darum, das allgemeine Prinzip festzulegen, auf welchem sich die Staatsangehörigkeit der Personenverbände begründet und im weiteren dadurch die Grundlagen der sachlich entscheidenden primären Anknüpfung zur Bestimmung des auf dieselben anwendbaren Rechts aufzudecken. Für das Weitere und insbesondere für die sich aus dem Prinzipe der sekundären Anknüpfung ergebenden Konsequenzen kann auf das von Frankenstein auf dem Grundsatze der — lediglich von ihm auf andere Weise begründeten — primären Anknüpfung aufgebaute Grenzrechtssystem verwiesen werden.[91] — Dieses System hat allerdings zugegebenermassen den praktischen Nachteil, dass es zu seiner einheitlichen Verwirklichung in allen Ländern, welche die Voraussetzung seiner Brauchbarkeit bildet, einer überstaatlichen Ordnung bedarf. Denn nur eine solche kann die allgemein verbindliche, einheitliche Qualifizierung der entscheidenden Anknüpfungsbegriffe enthalten, ohne die eine wissenschaftlich noch so unanfechtbare Abgrenzungsregelung keine Kollisionen vermeiden kann. Wenn nun auch die künftige Entwicklung einer diesbezüglichen überstaatlichen Ordnung, wie darzulegen versucht wurde, durchaus im Bereiche der Möglichkeit liegt, so hat nichtsdestoweniger die Praxis vorläufig noch mit dem geltenden IPR. der Länder zu rechnen, für welches die Verschiedenheit der willkürlich zugrundegelegten Anknüpfungsbegriffe be-

[90] E. Grossmann, Wirtschaftspolitische Betrachtungen über die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. 1918.

[91] E. Frankenstein, IPR Bd. I—IV.

zeichnend ist und das daher unter doppelter Sinnwidrigkeit leidet: erstens können sich souveräne Rechtsordnungen nicht willkürlich gegenseitig abgrenzen; zweitens müssen solche Abgrenzungsbestimmungen, selbst wenn sie durch Vereinbarung harmonisiert sind, «stets im Widerspruche stecken bleiben, dass zwei abweichende Rechtssysteme, die nicht mit den gleichen Begriffen arbeiten, eine gemeinsame begriffliche Grenze haben sollen».[92] Obwohl daher das einzelstaatliche positive IPR. weder richtiges Recht im Sinne der Rechtsidee sein kann, noch überhaupt Recht im Sinne des Rechtsbegriffs darstellt, besitzt es immerhin eine wenigstens die nationale Praxis bindende Geltung, welche seine Anwendung solange gewährleistet, bis es durch eine überstaatliche Ordnung ersetzt wird. Dies bedeutet nichts anderes, als dass das einzelstaatlich IPR., auf Grund der willkürlichen primären Anknüpfung an das Merkmal des Gerichtsstandes im Inland, sich selbst für zuständig erklärt und sich auf diese Weise die Kompetenz anmasst, durch sekundäre Anknüpfung die anwendbare Sachnorm in allen jenen Fällen zu bestimmen, die im Inlande zur Beurteilung gelangen. Dieser Herrschaft der Willkür bei der Bestimmung der primären Kompetenz zur Erfassung des internationalen Privatverkehrs könnte nun auf relativ einfache Weise und unter vorläufiger Beibehaltung des geltenden einzelstaatlichen IPR. ein Ende gesetzt werden. Die einzelnen Staaten hätten lediglich auf die Anmassung der Kompetenz zur primären Anknüpfung zu verzichten, — was in Anbetracht ihres gemeinsamen Interesses an der Verwirklichung der Rechtsidee zu erreichen sein dürfte, — und die Uebertragung dieser Kompetenz an eine objektive, wissenschaftliche Instanz zu vereinbaren. Diese hätte etwa die Form von auf die einzelnen Staaten verteilten internationalen Kommisionen anzunehmen und in der Weise zu verfahren, dass sie die primär zuständige Gesamtrechtsordnung (inkl. IPR.) nach der Natur der Sache und unter Berücksichtigung der beteiligten privaten und staatlichen Interessen fallweise direkt bestimmen würde. Ohne dass hier auf Einzelheiten eingetreten werden könnte, scheint es doch, dass diesem Verfahren eine grössere praktische Bedeutung zukäme, als der Verwirklichung des Vorschlages, der in einer Resolution der International Law Association v. 1934[93] enthalten ist und der die Schaf-

[92] W. Burckhardt, Organisation, S. 411.

[93] Vergl. Reports of the 38th. and 39th. Conference of the ILA. 1935.

fung von internationalen gemischten Gerichtshöfen vorsieht, die bestimmte privatrechtliche Streitigkeiten internationalen Charakters entscheiden sollen, dabei aber selber in erster Linie auf das IPR. der in Frage kommenden Länder, in zweiter Linie auf die wirren allgemeinen Lehren des IPR. bzw. nach Wahl des Gerichts auf die zweifelhaften Anknüpfungspunkte der Nationalität des Beklagten oder des Klägers abzustellen hätten.

Indem dagegen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen die Kompetenz zur Abgrenzung entzogen, aber die Kompetenz zur sekundären Anknüpfung belassen wird, kann, nach einmal erfolgter Abgrenzung durch eine sachgemässe primäre Anknüpfung, das positive IPR. zur normalen Anwendung kommen. Wenn auch damit in Anbetracht der fortbestehenden Verschiedenheit der einzelstaatlichen sekundären Anknüpfung kein Idealzustand geschaffen ist. so wird doch auf diese Weise die Willkür wenigstens aus dem grundlegenden Verfahren der primären Anknüpfung verdrängt und der Rechtscharakter des IPR. wiederhergestellt. Denn die Tatsache, dass die primäre Anknüpfung nicht durch einen festen Begriff bestimmt wird, dessen inhaltliche Einheit bei der Qualifizierung durch die verschiedenen Rechtsordnungen zerfliessen müsste. sondern im Einzelfalle sachlich direkt erfolgt, ermöglicht nicht nur die Abgrenzung im Sinne der Rechtsidee; durch die Vermeidung des Versuches der einzelstaatlich-normativen Abgrenzung von begrifflich unabgrenzbaren Rechtsordnungen löst sich vielmehr auch der für das selbständig qualifizierende einzelstaatliche IPR. unvermeidliche Widerspruch zum Rechtsbegriffe.

Ergebnis:

Das IPR. in seiner heutigen Gestalt muss als ein auf logisch anfechtbaren Grundlagen aufgebauter, des Rechtscharakters im Sinne der Rechtsphilosophie entbehrender Normenkomplex betrachtet werden. Sein Wesen wie seine Methoden lassen einen Mangel an systematischer wissenschaftlicher Durchdringung erkennen, der in der Praxis Beeinträchtigungen des Verkehrsablaufes und der Rechtssicherheit zur Folge hat. Wie Frankenstein gezeigt hat, kann nur eine einheitlich durchgeführte, primäre Anknüpfung zur scharfen Abgrenzung der Rechtsordnungen führen; als sachlich entscheidender Anknüpfungsbegriff ergibt sich danach für die Handelsgesellschaften ihre interessenmässig begründete Staats-

angehörigkeit in obigem Sinne, deren Konstruktion durch ihre einheitliche Auffassung als selbständige Rechtssubjekte ermöglicht wird. Die Möglichkeit der Verwirklichung eines einheitlichen, auf eindeutigen primären Anknüpfungsbegriffen aufgebauten Grenzrechtssystems im Sinne Frankensteins hängt aber von der Entstehung einer überstaatlichen Ordnung ab, welche der ein einheitliches IPR. ausschliessenden einzelstaatlichen Qualifizierung der Begriffe ein Ende setzt. In Erwartung einer solchen sollte als vorläufige Massnahme zur Ausschaltung der einzelstaatlichen Willkür bei der Erfassung des zwischenstaatlichen Privatrechtsverkehrs die vertragliche Anerkennung einer wissenschaftlichen Instanz zur sachgemässen Bestimmung des im konkreten Falle primär zuständigen Rechts vereinbart werden.